Die Beseitigung einer ungerechtfertigten Verurteilung nach dem Tode des Verurteilten.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristischen Fakultät

der Königlichen Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Theodor Knapp

Rechtsanwalt.

ACAD.
IUGD. BAT.
BIBL.

C. Meeh'sche Buchdruckerei (Inhaber G. Conradi)
in Neuenbürg.

Genehmigt auf Antrag des Referenten:
Professor Dr. Beling.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung 5

I. Teil. Das geltende Recht.

1. Abschnitt.

§ 2. Verurteilung bei Lebzeiten des Angeklagten, Tod vor Rechtskraft des Urteils 7

2. Abschnitt.

§ 3. Verurteilung nach dem Tode des Angeklagten 11

3. Abschnitt.

Verurteilung bei Lebzeiten, Tod nach Rechtskraft des Urteils.

§ 4. Einleitendes 16
§ 5. Der Zweck des Wiederaufnahmeverfahrens 18
§ 6. Die Voraussetzungen des Wiederaufnahmeverfahrens . . 19
§ 7. Das Verfahren 20
I. Die zur Antragstellung berechtigten Personen . . . 20
II. Der Antrag nach Form und Inhalt 27
III. Das zuständige Gericht 31
IV. Die Tätigkeit des zuständigen Gerichts nach Stellung des Antrags 31
V. Die Entscheidung 34
VI. Die Folgen der Freisprechung 36

II. Teil. Zusammenfassung, Kritik, Neue Wege.

§ 8. I. Zusammenfassung 39
II. Kritik 40
§ 9. Einleitendes und Beurteilung der geltenden Bestimmungen vom Standpunkt des Staates 40

Seite

§ 10. Beurteilung vom Standpunkt des Verurteilten und der Hinterbliebenen 44
III. Neue Wege 51
§ 11. Der „Informativprozeß" 51
§ 12. Beurteilung der besonderen Feststellungsklage 64
§ 13. Vorschlag zu einem Mittelweg 67
§ 14. Ergebnis 71
§ 15. Anhang 72
Literaturverzeichnis 73

§ 1.

Einleitung.

Die dem modernen materiellen Strafrecht entnommene Rechtsregel „nullum crimen, nulla poena sine lege" (§ 2 StGB.) findet ihre Ergänzung in dem prozessualen Grundsatz „keine Strafvollstreckung ohne rechtskräftiges Strafurteil" (§ 481 StPO.).

Während der erste Grundsatz den Staatsbürger vor der Willkür in der Strafverfolgung schützen soll, will mit dem zweiten dem Angeklagten eine Garantie gegen die Vollstreckung eines ungerechten Urteils gegeben werden. Diesen Zweck sucht unser geltendes Strafprozeßrecht dadurch zu erreichen, daß es gegen die Mehrzahl der in erster Instanz gefällten Strafurteile die Anrufung eines oder mehrerer Gerichte höherer Ordnung zuläßt, welche den zur Aburteilung gestellten Straffall einer erneuten Prüfung zu unterziehen haben. Es liegt nicht im Rahmen dieser Abhandlung, zu untersuchen, ob diesem Zweck im geltenden Strafprozeßrecht schon hinreichend Rechnung getragen ist, es genügt, darauf hinzuweisen, daß der amtliche Entwurf einer Strafprozeßordnung dem in der Literatur und in der als Sprachrohr der öffentlichen Meinung dienenden Presse neuerdings immer leidenschaftlicher vertretenen Ruf nach Vermehrung der Instanzen nachgebend, die Möglichkeit der Nachprüfung eines in erster Instanz gefällten Urteils ganz erheblich erweitern will.

Die Anrufung des höhern Gerichts erfolgt durch die Einlegung der Berufung oder Revision, die von unserer Strafprozeßordnung mit der Beschwerde unter dem Begriff „Rechtsmittel" zusammengefaßt werden. Die Beschwerde hat in diesem Zusammenhang auszuscheiden, da Urteile nur entweder mit der Berufung oder der Revision angegriffen werden können.

Der eingangs angeführte Grundsatz kann sonach näher dahin bestimmt werden, daß kein Strafurteil vollstreckt werden kann, solange es noch mit der Berufung oder Revision angegriffen werden kann. Es braucht kaum erwähnt zu werden, daß jedes anhängige

Strafverfahren seinen Zweck erst mit der Rechtskraft des Urteils erreicht hat.

So vorsichtig nun auch die Vorbedingungen eines rechtskräftigen Urteils aufgestellt sein mögen, es wird doch kein Gesetzgeber das volkstümliche, dem Argwohn gegen jede Strafjustiz entspringende Verlangen ignorieren können, auch noch die Möglichkeit der autoritativen Nachprüfung eines rechtskräftigen, selbst eines schon vollzogenen Urteils zu haben. Er wird auch selbst, solange irren menschlich bleibt, im wohlverstandenen Interesse des Staates, der um seiner Autorität willen kein Fehlurteil seiner Gerichte bei Bestand lassen kann, stets das Bedürfnis nach einer ultima ratio für außerordentliche Fälle anerkennen. In der geltenden Strafprozeßordnung wird diesem Bedürfnis dadurch Rechnung getragen, daß im vierten Buch Bestimmungen über die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil geschlossenen Verfahrens eingefügt worden sind, von denen zwei Paragraphen sich speziell mit der Wiederaufnahme nach dem Tode des Verurteilten befassen. Es wird Aufgabe eines zweiten Teils dieser Abhandlung sein, zu untersuchen, ob die geltenden Bestimmungen, die im großen Ganzen auch im Entwurf für die neue Strafprozeßordnung Aufnahme gefunden haben, dem beachtenswerten Bedürfnis schon entsprechen. Es wird gleichzeitig zu dem neuerdings von verschiedenen Schriftstellern vertretenen Vorschlag, das Wiederaufnahmeverfahren nach dem Tode des Verurteilten von dem Strafprozeß loszulösen und durch ein selbständiges prozessuales (Feststellungs-)Verfahren zu ersetzen und zu der diesem Vorschlag beigegebenen Begründung, Stellung zu nehmen sein.

Im ersten Teil soll das geltende Recht in Betreff der Beseitigung einer ungerechtfertigten Verurteilung nach dem Tode des Verurteilten dargestellt werden.

Für die übersichtliche Gliederung des Stoffes empfehlen sich folgende Abschnitte:

I. Verurteilung bei Lebzeiten des Angeklagten, Tod vor Rechtskraft des Urteils.
II. Verurteilung nach dem Tode des Angeklagten.
III. Verurteilung bei Lebzeiten des Angeklagten, Tod nach Rechtskraft des Urteils.

I. Teil. Das geltende Recht.

1. Abschnitt.

§ 2.

Verurteilung bei Lebzeiten des Angeklagten, Tod vor Rechtskraft des Urteils.

Der Strafprozeß kennt keine vorläufig vollstreckbaren Urteile.[1]) Ein Urteil, das noch mit der Berufung und Revision angefochten werden kann, kann zwar möglicherweise, wenn von den zulässigen Rechtsmitteln kein Gebrauch gemacht wird, der maßgebende Vollstreckungstitel werden, darf aber niemals als solcher verwertet werden.

Die bezweckte Wirkung, Vollstreckungstitel zu sein, ist also aufschiebend bedingt. Falsch wäre es, zu sagen, das Urteil sei vor der Rechtskraft jeder Wirkung bar; das Gegenteil ergibt sich schon aus dem eben Gesagten; es kann ferner auf Grund des Urteils die sofortige Verhaftung des Verurteilten angeordnet werden (entweder in der Form der Fortdauer der schon vor der Hauptverhandlung angeordneten Haft oder der Neuanordnung der Haft), wenn die Voraussetzungen für einen Haftbefehl vorliegen.

Neben den Urteilsspruch treten aber weiter die im Laufe des Vor- oder Hauptverfahrens getroffenen Feststellungen. Ihr häufig dem Angeklagten höchst unangenehmer Inhalt — mag er nun der Wahrheit entsprechen oder nicht — pflegt durch die Presse und die öffentliche Hauptverhandlung bald genug weiteren Kreisen bekannt zu werden, ohne Rücksicht darauf, daß das letzte Wort in

---

[1]) Löwe-Hellweg zu § 481 StPO. Bem. 1; Binding, Grundriß d. d. StPR. § 127, V; Bennecke, § 166, IV; v. Kries, § 86, 1; Bennecke-Beling, § 139 S. 616; Stenglein, § 481 Z. 2 („gilt für die Hauptstrafe, alle Nebenstrafen und die Buße").

Vor Inkrafttreten der StPO. konnte in mehreren Bundesstaaten schon vor dem Eintritt der Rechtskraft des Urteils im Interesse des Verurteilten unter gewissen Voraussetzungen mit der Vollstreckung begonnen werden. Dies ist jetzt ausgeschlossen. Vgl. übrigens § 482 StPO.

der Sache noch nicht gesprochen worden ist, daß es sich also noch keineswegs um endgültige Feststellungen handelt.

Außer diesen, im Verhältnis zum Hauptzweck des Strafverfahrens untergeordneten Wirkungen vermag aber das Urteil vor Rechtskraft keine Folgen für den Angeklagten zu zeitigen. Es erschöpft sich in diesen Wirkungen, wenn die Rechtskraft nicht eintritt.

Dies ist der Fall, sobald der Angeklagte innerhalb der Rechtsmittelfrist stirbt. Es ist ein, man möchte sagen, selbstverständlicher, aus der höchstpersönlichen Natur des Strafanspruchs folgender Grundsatz des modernen Strafprozeßrechts, daß ein Strafverfahren nur gegen Lebende eingeleitet und durchgeführt werden kann.[2])

Der Gesetzgeber hat deshalb auch darauf verzichtet, diesen Grundsatz im Gesetz noch besonders zum Ausdruck zu bringen. Will man trotzdem Beweise, so seien aus den zahllosen Belegestellen die §§ 229, 497 Abs. 2 StPO. und § 30 StGB. herausgegriffen. Unrichtig wäre es, den Tod des Angeklagten zu den Straf(tilgungs-)aufhebungsgründen zu rechnen; vielmehr erlischt mit dem Tode nur das Strafklagerecht, das Verfolgungsrecht gegen den Angeklagten.[3]) Der Tod beseitigt die faktische Möglichkeit der Bestrafung, nicht den Strafanspruch. Das Strafverfahren findet durch ihn ipso jure, ohne weitere Förmlichkeit, sein Ende.[4])

Wie jedes Strafurteil sich persönlich gegen den Angeklagten richtet, so ist auch jede Strafe „ausnahmslos eine höchst persönliche Leistung des der Rechtsverletzung Schuldigen" (Binding, Normen I. § 41 Z. 1). Ist aber die Vollstreckung des Strafurteils unmöglich, so ist natürlich auch die Fortsetzung des Strafverfahrens zwecklos. Die

---

[2]) Der Grundsatz galt nicht zu allen Zeiten. Sowohl das späträm. als das mittelalterliche und das gemeindeutsche Recht kannte die Durchführung des Strafverfahrens auch gegen den Verstorbenen bis zur Vollstreckung der Strafe an dem Leichnam oder bis zur Hinrichtung im Bilde. Sogar noch zur Aufklärungszeit konnte der Name des Verstorbenen an Galgen oder Schandsäule angeschlagen werden (Josephin, StGB. von 1787 § 17). Zu vgl. v. Liszt, § 74, II; Binding, Handbuch I S. 812; Meyer-Allfeld S. 261.

[3]) Beling, Grundzüge, §§ 15, III, 2, 96; v. Liszt, § 74, II; Frank, Vorbem. z. 4. Abschn.; Löwe, Einleitung zu Buch II, S. 456; Olshausen, § 30 StGB. Z. 1; Binding, Allg. Teil S. 298; A. A. Meyer-Allfeld, S. 260 (Strafaufhebungsgrund).

[4]) Löwe l. c., es bedarf keines Einstellungsbeschlusses. Bennecke, § 41; Birkmeyer, StPR., § 58 Z. 4.

Strafklage ist keine bloße Feststellungsklage, deren Zweck schon mit der Konstatierung erreicht wäre, daß der Angeklagte die und die Tat begangen und an sich die und die Strafe verwirkt habe.[5]) Das wäre Theaterdonner. Zudem würde aber auch die Feststellungsklage wie jede Klage einen Gegner voraussetzen. Ein Strafverfahren braucht sich zwar nicht von Anfang an gegen einen bestimmten Beschuldigten zu richten, die Einleitung eines vorbereitenden Verfahrens gegen „Unbekannt" ist möglich und nicht selten; zulässig ist auch in einzelnen Fällen ein Strafverfahren gegen einen Abwesenden; dagegen ist die Strafklage gegen den Nachlaß eines Verstorbenen unstatthaft (RGE. 18, S. 14 ff.). Als Beschuldigte können stets nur Individuen verfolgt werden. Der maßgebende Gesichtspunkt für das Erlöschen des Strafklagerechts ist aber natürlich nicht diese konstruktive Unnatur eines Verfahrens gegen einen Verstorbenen, sondern das moderne Postulat, daß kein Angeklagter ohne Gehör und ohne die Möglichkeit, alle gesetzlich zulässigen Verteidigungsmittel sich zu Nutzen zu machen, rechtskräftig verurteilt werden soll. Das Gesetz hat dies vornehmlich in den oben zitierten Paragraphen zum Ausdruck gebracht. Es soll weder für eine Geldstrafe[6]) noch für die Kosten des Verfahrens der Nachlaß des Verstorbenen haften, wenn das Urteil nicht zu seinen Lebzeiten rechtskräftig geworden ist. Daß eine Freiheitsstrafe oder die Todesstrafe nicht (auch nicht symbolisch) zur Vollstreckung gebracht werden darf, brauchte wiederum nicht, weil für uns selbstverständlich, expressis verbis angeordnet zu werden. —

Dies vorausgeschickt, beantwortet sich die Frage nach der Beseitigung eines ungerechtfertigten Urteils gegen einen vor Eintritt der Rechtskraft Verstorbenen aus dem geltenden Recht ganz einfach folgendermaßen: Sobald der Tod des Angeklagten konstatiert wird, sind die Akten wegzulegen, der Fall ist erledigt. Ist noch von keiner Seite ein Rechtsmittel gegen das Urteil eingelegt worden, braucht es keines besonderen Gerichtsbeschlusses, daß das Verfahren eingestellt werde; die Akten werden vielmehr formlos weggelegt.

Das Gleiche gilt, wenn zwar von dem zulässigen Rechtsmittel Gebrauch gemacht worden ist, der Tod des Angeklagten aber schon der Hauptverhandlung in der Rechtsmittelinstanz bekannt wird. War schon Termin anberaumt, so ist er vom Vorsitzenden von der

[5]) Bennecke-Beling, S. 201.
[6]) Auch nicht für eine Buße.

Tagesordnung wieder abzusetzen, es genügt eine einfache Aktennotiz, es erübrigt sich ein besonderer Gerichtsbeschluß.

Kommt der Tod erst in der Hauptverhandlung der höheren Instanz zur Sprache, so sind die Folgen keine anderen. Nur wird hier das Gericht beschließen, die Sache als erledigt zu betrachten und dann die Akten weglegen. Eines formellen Einstellungsbeschlusses bedarf es aber auch in diesem Falle nicht, weil nur ein anhängiges Verfahren formell eingestellt werden kann, nicht aber ein mit dem Tode des Angeklagten schon hinfällig gewordenes Verfahren.[7])

Das Ausgeführte gilt, mag das Rechtsmittel vom Angeklagten, der Staatsanwaltschaft oder einem der nach §§ 339, 340 StPO. Berechtigten eingelegt oder beabsichtigt sein, gleichgültig, ob zu Gunsten oder zu Ungunsten des Angeklagten.

Der Staat erklärt also seinen Verzicht auf die Sühne für eine strafbare Handlung ohne jede Einschränkung, selbst wenn die Schuld des Angeklagten noch so klar zutage liegt oder von dem Rechtsmittel noch so frivol Gebrauch gemacht ist. Es gilt auch nichts anderes, wenn die gem. § 340 StPO. berechtigten Personen selbständig von dem zuständigen Rechtsmittel Gebrauch gemacht haben und wenn sie behaupten, ein erhebliches eigenes Interesse am Ausgang des Prozesses, insbesondere an der Aufhebung des Urteils zu haben.

Der Tod wirkt als Generalsperre. Der leidtragende Teil ist der Staat, ihm fallen die Kosten des ganzen Verfahrens zur Last; er hat kein Mittel, sie auf den Nachlaß, bzw. die Erben des Verstorbenen abzuwälzen.[8]) § 497 Abs. 2 StPO. schließt jede zivilrechtliche Haftpflicht der Erben für die Kosten aus. Nichts anderes gilt für das Privatklageverfahren; insbesondere gilt § 497 Abs. 2. Wenn der Verurteilte vor Eintritt der Rechtskraft stirbt, kann weder die Staatskasse noch der Privatkläger einen Kostenanspruch gegen den Nachlaß geltend machen.

Man wird auch, obwohl nach dem Ausgeführten das Verfahren nicht formell einzustellen ist, § 503 Abs. 2 als anwendbar, d. h. den Privatkläger für die sämtlichen, dem Beschuldigten erwach-

[7]) Bennecke, § 41, I u. § 116b; Bennecke-Beling, S. 531 u. 518. Löwe, Vorbem. z. 5. Abschn. Buch 2 Z. 3a; Glaser II, S. 201 ff. Glaser scheint entgegen der hier vertretenen Ansicht, einen formellen Einstellungsbeschluß für nötig zu halten. A. A. zum Teil Rosenfeld, § 85, I. Stenglein, § 209 Z. 3b.

[8]) Löwe zu § 497 Z. 7; Bennecke, § 168 S. 805f.; Ullmann, § 152, III; v. Kries, § 87, II; Bennecke-Beling S. 458f.

senen notwendigen Auslagen (eigene Kosten, Kosten eines Verteidigers, Gebühren der vom Angeklagten benannten Zeugen), haftbar erklären müssen;[9]) zweifellos in den Fällen, in denen die Privatklage begründet war, eine unbillige Härte.

Auch dem Privatkläger fehlt jede rechtliche Möglichkeit der Abwälzung auf den Nachlaß des Verstorbenen.

Als Resumé ist festzustellen, daß für das geltende Recht die aufgeworfene Frage keine praktische Bedeutung hat. Unsere Strafprozeßordnung kennt weder das Bedürfnis, noch die Möglichkeit der Beseitigung eines Urteils, das, zu Lebzeiten gefällt, wegen des inzwischen eingetretenen Todes des Verurteilten nicht in Rechtskraft übergehen kann.

2. Abschnitt.

§. 3.

Verurteilung nach dem Tode des Angeklagten.

Aus den bisherigen Ausführungen ergibt sich die Beantwortung der Frage nach der Bedeutung einer Verurteilung nach dem Tode des Angeklagten von selbst; das Urteil ist *nichtig*, entbehrt jeder praktischen, rechtlich begründeten Folge. Zunächst einige Worte über die *Möglichkeit* eines solchen durchaus prinzipwidrigen Urteils:

Faktisch *möglich* ist die Verurteilung eines Verstorbenen einmal infolge eines Versehens, also eines fehlerhaften Verhaltens des urteilenden Gerichts, ferner aber ist zu beachten, daß die geltende Strafprozeßordnung einige Ausnahmen von dem Prinzip „keine Hauptverhandlung in Abwesenheit des Angeklagten" kennt. Die in Betracht kommenden Fälle sind folgende:

a) Vorzeitiges sich Entfernen des Angeklagten aus der Hauptverhandlung, weil das Gericht seine fernere Anwesenheit nicht mehr für erforderlich hält (§ 230 StPO.).

b) Hauptverhandlung gegen einen in der Ladung auf die Zulässigkeit der Verhandlung in seiner Abwesenheit hingewiesenen

[9]) Wie hier Löwe zu § 503 Abs. 2; wohl auch v. Kries, § 87, II, 3; Stenglein, § 503 Z. 5; u. H. M. unter Hervorhebung der häufigen Unbilligkeit dieser Rechtsfolge. Zu vgl. z. B. Binding, Grundriß des d. Strafprozeßrechts, § 116, III. Bennecke-Beling, S. 460 b. „In der Kostenlast, die dem Privatkläger obliegt, sei in allen Fällen die Pflicht enthalten, dem Beschuldigten die diesem erwachsenen notwendigen Auslagen zu ersetzen."

abwesenden Angeklagten, wenn die den Gegenstand der Untersuchung bildende Tat nur mit Geldstrafe, Haft oder Einziehung allein oder in Verbindung miteinander bedroht ist (§ 231 StPO.).

c) Hauptverhandlung gegen einen auf seinen Antrag wegen großer Entfernung seines Aufenthaltsorts von der Verpflichtung zum Erscheinen entbundenen Angeklagten (§ 232 StPO.).

d) Verfahren gegen einen Abwesenden i. S. der §§ 318 ff. StPO.

e) Hauptverhandlung in der Berufungsinstanz gegen einen ohne genügende Entschuldigung nicht erschienenen Angeklagten (§ 370 StPO.

f) Hauptverhandlung in der Revisionsinstanz gegen einen nicht erschienenen Angeklagten (§ 390 StPO.).

g) Hauptverhandlung im Privatklageverfahren gegen einen nicht erschienenen Angeklagten (§ 427 StPO.).

h) Verfahren gegen einen Abwesenden, der sich der Wehrpflicht entzogen hat (§ 470 ff. StPO.).

i) Die Fälle der §§ 452 Abs. 1, 457 Abs. 2, 466: Hauptverhandlung nach Einspruch gegen einen amtsrichterlichen Strafbefehl, nach Antrag auf gerichtliche Entscheidung bei vorausgegangener polizeilicher Strafverfügung und bei vorausgegangenem Strafbescheid einer Verwaltungsbehörde.

In allen diesen Fällen kann es zu einem Urteil gegen einen nicht mehr am Leben Befindlichen kommen, ohne daß eine gesetzliche Bestimmung übersehen worden wäre.

Zu diesen, nach vorausgegangener Hauptverhandlung gefällten Urteilen treten noch

1. der amtsrichterliche Strafbefehl gegen einen Verstorbenen (§§ 449, 450 StPO.).

(Der amtsrichterliche Strafbefehl, gegen den nicht rechtzeitig Einspruch erhoben wird, steht einem rechtskräftigen Urteil gleich, vgl. Frank § 30 II.)

2. Die polizeilichen Strafverfügungen gem. § 453 StPO. gegen einen Verstorbenen.

3. Der Strafbescheid einer Verwaltungsbehörde gem. § 459 gegen einen Verstorbenen.

(Streitig, ob Z. 2 und 3, wenn der Antrag auf gerichtliche Entscheidung nicht oder nicht rechtzeitig gestellt wird, ebenfalls einem rechtskräftigen Urteil gleichstehen, dagegen Bennecke-Beling S. 667. Bennecke S. 715. Anm. 29 S. 685 d.; Frank § 30; dafür v. Kries S. 597 unten; Birkmeyer S. 775.)

Nicht hierher gehört der Fall des Irrtums in der Person des Angeklagten; die Verhandlung wird gegen den irrtümlich als der Angeklagte X. betrachteten Y. geführt. X. ist tatsächlich schon gestorben. Das Strafverfahren richtet sich gegen Personen, nicht gegen Namen. Das gegen Y. gefällte Urteil kann nie mit Wirkung gegen den wahren Beschuldigten rechtskräftig werden, d. h. es kann überhaupt nie irgend eine Wirkung gegen ihn entwickeln.

Mag aber auch das Verfahren formell richtig gewesen sein, so konnte es doch nur unter der stillschweigenden Voraussetzung eingeleitet oder weitergeführt werden, daß es sich gegen einen lebenden Beschuldigten richte. Von diesem Grundsatz gibt es keine Ausnahme: Jede Prozeßhandlung gegen einen Verstorbenen ist nichtig. Um die Nichtigkeit des Verfahrens, insbesondere des Urteils, festzustellen, braucht es keines besonderen Verfahrens, es genügt der Nachweis des Zeitpunktes des Todes.

Wenn hier das gegen einen Verstorbenen gefällte Urteil kurzweg als „nichtig" bezeichnet wird, so ist damit nicht verkannt, daß die „Nichtigkeit einer Rechtshandlung" im Strafprozeß zu den bestrittensten Problemen der ganzen Materie gehört. Es ist hier nicht der Platz, die Frage der absoluten Nichtigkeit der Strafurteile in extenso zu behandeln und selbständig Stellung zum Streit der Meinungen zu nehmen. Der hier zu behandelnde Fall des Urteils gegen einen Verstorbenen dürfte nicht nur in praxi sehr selten sein, er wird ferner, falls es je doch zu einem Urteil kommen sollte, nur geringe praktische Schwierigkeiten in der Richtung der Beseitigung des Urteils selbst und der Urteilsfolgen machen, es wird auch, wenn überhaupt irgendwo, gerade im Falle der Verurteilung eines Verstorbenen die Übereinstimmung der Ansichten am ehesten zu erreichen sein und zwar zu Gunsten der Anerkennung der Nichtigkeit.

Die Stellungnahme zu dem Problem wird besonders dadurch sehr erschwert, daß sich die Gegner nicht etwa in zwei leicht zu unterscheidende Lager — pro und contra absolute Nichtigkeit — teilen, vielmehr variieren die Ansichten, auch soweit die Möglichkeit der absoluten Nichtigkeit einer Rechtshandlung im Strafprozesse an sich zugegeben wird, außerordentlich.

Als die beiden Pole sind zu bezeichnen:

Einerseits: Binding (Grundriß S. 239 und 243—46) und Bennecke-Beling S. 292 III.

Anderseits: Kroschel (Gerichtssaal Bd. 69 S. 137 ff.) und die Praxis, insbesondere die Praxis des Reichsgerichts (zu vgl. E.-Bd. 17 S. 51, Bd. 19 S. 323, Bd. 22 S. 113 ff., Bd. 32 S. 89 ff.).

Binding unterscheidet folgende Fälle der absoluten Nichtigkeit:

1. Das Urteil des Instanzrichters steht in klarem Widerspruch zu den Satzungen des materiellen Rechts.

2. Der Richter hat fälschlich eine fehlende Prozeßvoraussetzung als vorhanden angenommen.

Beling geht davon aus, daß giltig und wirksam nur dasjenige Rechtsgeschäft sein könne, bei dem die essentialia negotii vorliegen. Fehle eines der Begriffsmerkmale, so sei das scheinbare Rechtsgeschäft unstichhaltig, also nichtig. So sei eine Prozeßhandlung nichtig, wenn ihr die begriffswesentlichen Merkmale einer Prozeßhandlung fehlen. Begriffswesentlich sei aber das Vorliegen aller derjenigen Prozeßvoraussetzungen, die zum Zustandekommen eines giltigen Prozeßverhältnisses unbedingt erforderlich seien.

Geht man mit Bennecke-Beling S. 777 davon aus, daß der Prozeß ein rechtlich geordnetes, durch das einheitliche Ziel des ganzen Verfahrens zusammengehaltenes Verhältnis der Parteien zueinander und zum Gericht, also ein Rechtsverhältnis ist, und daß das Vorhandensein der Parteien (über diesen bestrittenen Begriff s. Bennecke-Beling § 36), insbesondere des Angeklagten, begriffswesentlich für den Strafprozeß (wie für jeden Prozeß) ist, so kommt man beim Fehlen eines Angeklagten ohne weiteres zur absoluten Nichtigkeit der gegen ihn vorgenommenen Prozeßhandlungen.

Zum gleichen Resultat führt die Ansicht Bindings.

Zu vergleichen zur Frage der Nichtigkeit sind:

Für die Möglichkeit: Rosenfeld § 93 und nicht nur bei eklatanter Mißachtung des materiellen Rechts, sondern auch der prozessualen Bestimmungen (aber mit dem Zusatz, daß viele materiellrechtliche wie prozessuale Verstöße durch Erwachsen des Urteils in formelle Rechtskraft heilen). Ferner Krug in Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft S. 408 ff. („Für die Anerkennung spreche sowohl ein praktisches als theoretisches Interesse".)

Friedländer (Gerichtssaal Bd. 58 S. 339). — v. Baligand (Gerichtssaal Bd. 72 S. 171). Unterscheidung von Nichturteilen und absolut nichtigen Urteilen. — Löffler (Grünhuts Zeitschrift Bd. 31 S. 495 ff.). — Kriegsmann (Sonderabdruck aus der Festgabe

der Kieler Jurist. Fakultät zu Albert Hänels 50 jähr. Doktorjubiläum); bezeichnend seine Bemerkung S. 5: Einig ist man nur in der einen Richtung, daß ein praktisches Bedürfnis besteht, gewisse Verletzungen des materiellen oder prozessualen Rechts als unheilbar zu betrachten.

Gegen die Nichtigkeit bes. auch Bennecke S. 17 und in Bennecke-Beling S. 13. — v. Kries S. 709 und 761.

Daß die Ansichten im einzelnen stark variieren, wurde schon oben hervorgehoben.

Als Wirkung des absolut nichtigen Urteils wird übereinstimmend konstatiert: Sie erzeugt

1. für die Vollstreckungsinstanz die Pflicht der Nichtvollstreckung;
2. für keine Behörde des In- und Auslandes eine Pflicht der Anerkennung (Binding S. 245).

Da das Urteil gegen einen Verstorbenen, mag man sich zur Frage der Nichtigkeit stellen, wie man will, niemals in Rechtskraft übergehen kann, (es gilt insoweit das gleiche wie unter I), kann es auch niemals einen Vollstreckungstitel bilden.

Trotz dieser einfachen Rechtslage, d. h. dem durch den Tod bedingten definitiven Abschluß des Verfahrens, ist es aber, mindestens theoretisch, möglich, daß sich die Wirklichkeit wesentlich komplizierter gestaltet: Entscheidungen, welche in Abwesenheit der davon betroffenen Personen ergehen, sind gemäß § 35 Abs. 2 zuzustellen. Da auf das Verfahren bei Zustellungen die Vorschriften der Zivilprozeßordnung über Zustellungen entsprechende Anwendung finden (§ 37 StPO.), kann das zuzustellende Urteil statt dem Verurteilten auch einer dritten Person eingehändigt werden (§§ 166 ff., bes. §§ 181 ff. ZPO.).[1])

Es ist also denkbar, daß der Tod des Verurteilten auch jetzt noch nicht bekannt und vom Gericht oder der Staatsanwaltschaft entsprechende Verfügung getroffen wird.

Wird innerhalb der Rechtsmittelfrist vom zulässigen Rechtsmittel kein Gebrauch gemacht, so muß das Urteil von den zuständigen Organen als rechtskräftig behandelt, d. h. es muß zur Vollstreckung geschritten werden.

Es ist nun durchaus denkbar, daß wegen einer Geldstrafe und der Kosten des Verfahrens die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Verurteilten eingeleitet, daß die im Urteil gemäß § 40

[1]) Löwe zu § 37 StPO. bes. 3. 14.

und 41 StGB. oder nach anderweitigen gesetzlichen Bestimmungen angeordnete Einziehung, Vernichtung oder Unbrauchbarmachung von Gegenständen vollzogen wird. Was nun? Die Antwort lautet:

Diese tatsächlichen Wirkungen des Urteils können nie dem Nachlaß oder den Erben gegenüber zu rechtlich begründeten werden. Sobald nachträglich die wahre Rechtslage, also die Nichtigkeit des Urteils, festgestellt wird, sinkt der scheinbare Rechtsboden für diese Maßnahmen in nichts zusammen. Soweit möglich, ist der frühere Zustand wiederherzustellen, die gepfändeten oder eingezogenen Gegenstände sind zum Nachlaß bzw. an die Erben zurückzugeben; ist dies nicht mehr ausführbar, muß voller Schadensersatz geleistet werden. Sollte etwa gemäß § 200 StGB. die Bekanntmachung des Urteils erfolgt sein, ist in der gleichen Art, in der die Bekanntmachung erfolgt ist, die Nichtigkeit des Urteils bekannt zu machen.

Eine gemäß § 325, 326 StPO. vollzogene Beschlagnahme des ganzen Vermögens oder einzelner zum Vermögen gehöriger Gegenstände ist aufzuheben.

Darin erschöpfen sich aber auch die Mittel des geltenden Rechtes für die Beseitigung einer — stets ungerechtfertigten, weil ungesetzlichen — Verurteilung nach dem Tode des Angeklagten: ein nichtiges Urteil wird weder formell aufgehoben — es wird eben kurzerhand zur Seite gelegt — noch gibt es für die Hinterbliebenen eine Möglichkeit, die im Verlauf des Verfahrens etwa gegen den Angeklagten erfolgten, vielleicht ganz entstellten und ehrenrührigen Erhebungen und (vorläufigen) Feststellungen zu beseitigen, als wahrheitswidrig auszuweisen. Das Ergebnis deckt sich vollkommen mit dem in Abschnitt I.

3. Abschnitt.

Verurteilung bei Lebzeiten. Tod nach Rechtskraft.

§ 4.

Einleitendes.

Weit wichtiger als die in Abschnitt I und II aufgeworfenen Fragen ist die Frage nach den Rechtsbehelfen gegen ein, nach der Überzeugung eines der Beteiligten ungerechtfertigtes, für den Angeklagten ungünstiges, aber rechtskräftiges Urteil. Wenn auch bei der Struktur unseres Strafprozeßverfahrens und der Vorbildung unserer Richter die Fälle der Anfechtbarkeit eines rechtskräftig

gewordenen Urteils aus Rechts- und nicht bloßen Gefühlsgründen verhältnismäßig selten sind, so mußte unsere Strafprozeßordnung doch dem Rechnung tragen, daß immerhin mit der Möglichkeit eines Fehlurteils trotz aller Garantien gegen einen Fehlspruch zu rechnen ist. Es sind deshalb in einem vierten Buch der geltenden StPO. Bestimmungen über „die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil geschlossenen Verfahrens" aufgenommen worden, die durch einige wenige Bestimmungen aus anderen Gesetzen zu ergänzen sind. Es ist bemerkenswert, daß diese Bestimmungen nicht in einem fünften Abschnitt dem dritten Buch über die „Rechtsmittel" angegliedert wurden. Die Wiederaufnahme des Verfahrens gehört, im Strafprozeß so wenig wie im Zivilprozeß, nicht zu den Rechtsmitteln i. e. S. und wenn gelegentlich von ihr als von einem „außerordentlichen Rechtsmittel" gesprochen wird, so soll damit nur gesagt werden, daß ihr wenigstens in gewisser Beziehung eine ähnliche Funktion zukommt wie den eigentlichen Rechtsmitteln; sie bezweckt, wie die Berufung und Revision, die Beseitigung von Urteilen. Der Hauptnachdruck ist überdies nicht auf „Rechtsmittel", sondern auf das Adjektivum „außerordentlich" zu legen; die Wiederaufnahme kann nicht selten genug beantragt werden; die Voraussetzungen müssen so bestimmt werden, daß ihr der Charakter des außerordentlichen Rechtsbehelfs gewahrt bleibt.[1]) Es wäre aber systematisch zulässig gewesen, die „Rechtsmittel" im technischen Sinne und die Wiederaufnahme des Verfahrens in einem Buch unter dem Gesamtbegriff „Rechtsmittel" zu vereinigen.[2])

Entgegen dem früher erwähnten Grundsatz der Strafprozeßordnung, keine Fortsetzung des Verfahrens nach dem Tode des Angeklagten, ist der „Wiederaufnahme des Verfahrens" durch den Tod des rechtskräftig Verurteilten nicht unter allen Umständen ein

---

[1]) Zu vgl. auch die Begründung des Entwurfs zur StPO. Einleitung des 5. Abschnitts.

[2]) Löwe, Einleitung zum 3. Buch der StPO. 3. 1: der Begriff Rechtsmittel sei kein absolut feststehender, er werde auch heute noch in Theorie und Gesetzgebung bald in einem weiteren, bald in einem engeren Sinne verwandt; der Entwurf behält die Trennung bei. — v. Kries, § 74, I bezeichnet die Trennung als theoretisch unrichtig; Binding, Grundriß § 121; Ullmann, § 141; Rosenfeld, § 88 faßt die Rechtsmittel i. e. S. die Wiederaufnahme des Verfahrens und in die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand unter dem Ausdruck „Rechtsbehelfe" zusammen. Gegen die Bezeichnung „außerordentl. Rechtsmittel", Bennecke-Beling, S. 598.

Riegel vorgeschoben. Die Begründung für diese Abweichung ist nicht in erster Linie darin zu finden, daß der Nachlaß des Verstorbenen gemäß § 497 StPO. auch für die Kosten haftet, daß eine Geldstrafe und eine Buße[3]) auch in den Nachlaß vollstreckt werden kann, § 30 StGB. und daß die Einziehung der in den §§ 40, 41 StGB. bezeichneten Gegenstände ebenfalls nach dem Tod des Verurteilten erfolgen kann;[4]) die Gründe liegen tiefer, sie haben ihre Hauptwurzel in der Ehre, genauer in der Familienehre, die den Makel der Verurteilung, und mag sie auch ungerecht sein, nicht dulden kann. Der Tod nach Rechtskraft des Urteils hindert also die Wiederaufnahme des Verfahrens nicht (ebensowenig die Begnadigung). Die Bedeutung des Todes tritt in anderer Weise zutage; die Wiederaufnahme wird eingeschränkt. Zu erwähnen ist noch, daß unsere Strafprozeßordnung nur *einen* Weg zur Beseitigung eines rechtskräftigen Urteils, eben die Wiederaufnahme des Verfahrens, kennt. Es sind zu erörtern:

1. der Zweck des Wiederaufnahmeverfahrens,
2. die Voraussetzungen des Wiederaufnahmeverfahrens,
3. das Verfahren selbst.

§ 5.

1. Der Zweck des Wiederaufnahmeverfahrens.

Zweck jedes Wiederaufnahmeverfahrens ist die Abänderung des angefochtenen rechtskräftigen Urteils. Während aber zu Lebzeiten des Verurteilten die Wiederaufnahme des Verfahrens sowohl zugunsten als zuungunsten des Verurteilten beantragt werden kann,[1]) darf nach dem Tode der Antrag nur noch *zugunsten* des Verurteilten gestellt werden.

Ferner muß in diesem Falle der Antrag die völlige Freisprechung des Verurteilten, nicht bloß die minder schwere Qualifizierung der Tat bezwecken.

---

[3]) H. M. zu vgl. Olshausen zu § 30 Z. 4 StGB.

[4]) *Gegen* die Vollstreckung von Geldstrafen in den Nachlaß gem. § 30, weil eine nicht zu billigende Ausnahme von der höchstpersönlichen Natur des Strafanspruchs: bes. Liszt, § 74, II; Meyer-Allfeld, § 50 Z. 4g u. § 44 Z. 3b; Binding, Handbuch des Strafrechts Bd. 1 S. 812. Vgl. auch Binding, Grundriß des Strafprozeßrechts S. 298.

[1]) Die Wiederaufnahme des Verfahrens muß immer von einem Prozeßbeteiligten *beantragt* werden, sie findet niemals von Amts wegen statt. Z. vgl. u. a. Beneckе-Beling, S. 599.

Das Gesetz geht also davon aus, daß das Interesse der Beteiligten an einer Änderung des Urteils nach dem Tode des Verurteilten nur insoweit beachtenswert ist, als die völlige Freisprechung angestrebt wird, während zu Lebzeiten des Verurteilten der Rahmen wesentlich weiter gezogen ist.

Der Wegfall der Wiederaufnahme zuungunsten des Verurteilten ist eine Konsequenz des strafprozessualen Grundsatzes, daß ein Strafverfahren nur gegen Lebende, denen die Möglichkeit der Verteidigung gegeben ist, stattfinden soll; sie wäre im allgemeinen auch ganz zwecklos und würde auf das verpönte bloße Feststellungsverfahren hinauslaufen (vgl. oben S. 8).

Diese grundsätzliche Bestimmung will auch der Entwurf einer Strafprozeßordnung, der im übrigen das Wiederaufnahmeverfahren erheblichen Änderungen unterwirft, beibehalten; sein § 363 Abs. 2 entspricht inhaltlich durchaus dem geltenden Gesetz; auch er kennt nur die Wiederaufnahme zum Zwecke der Freisprechung des verstorbenen Verurteilten.[2])

Der Einfluß des Todes des Verurteilten auf ein anhängiges Wiederaufnahmeverfahren wird bei der Darstellung des Verfahrens (Abschnitt 3) zu untersuchen sein.

Über die Frage, ob das Wiederaufnahmeverfahrn nach dem Tode überhaupt noch etwas vom Strafprozeß an sich hat, s. unten zweiter Teil.

§ 6.

2. Die Voraussetzungen des Wiederaufnahmeverfahrens.

Wer die Frage nach den Voraussetzungen aufwirft, wünscht die Grundlagen des Antrags *zugunsten* des Verurteilten kennen zu lernen. Das zuungunsten des Verurteilten eingeleitete Verfahren kann nach dessen Tode nur in dem Fall zur Erörterung kommen, wenn der Tod vor Abschluß des Verfahrens eingetreten ist.

Die geltende Strafprozeßordnung stellt die Voraussetzungen für die Wiederaufnahme des Verfahrens in zwei Paragraphen auf, indem sie in § 399 Z. 1—5 StPO. die Fälle, in denen der Antrag zugunsten, in § 402 Z. 1—4 die Fälle, in denen er zuungunsten

[2]) Nach dem Entwurf sollen die gleichen Bestimmungen Platz greifen, wenn der Verurteilte wegen unheilbarer Geisteskrankheit oder aus anderen Gründen dauernd verhandlungsunfähig ist.

des Angeklagten gestellt werden kann, aufzählt. Hier kommt nur § 399 in Betracht. Seine Voraussetzungen zerfallen in drei Gruppen:

Bei Z. 1, 2, 4 handelt es sich um die Beseitigung bestimmter Beweisgrundlagen des ergangenen Urteils, Z. 3 betrifft die Rechtsbeständigkeit des Verfahrens, Z. 5 die Erschütterung der in dem Urteil enthaltenen Feststellungen mittels neuer Tatsachen und Beweismittel.

Ihre Bedeutung steht und fällt mit der Feststellung ihres Einflusses auf die bezweckte Freisprechung des verstorbenen Angeklagten (s. auch S. 27 ff.).

§ 7.

3. Das Verfahren.

I. Die zur Antragstellung berechtigten Personen:

Im Normalfall, d. h. bei Lebzeiten des Verurteilten, finden die allgemeinen Bestimmungen über Rechtsmittel auch bei dem Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens Anwendung (§ 405 StPO.). Antragsberechtigt sind demnach: gemäß § 338 die Staatsanwaltschaft und der Angeklagte: die erste sowohl zugunsten als zuungunsten des Angeklagten; gemäß § 339 der Verteidiger des Angeklagten; gemäß § 340 der gesetzliche Vertreter des Angeklagten und der Ehemann einer angeklagten Frau.

Für die Wiederaufnahme nach dem Tode des Verurteilten enthält § 401 StPO. eine Spezialbestimmung. An Stelle der eben erwähnten Berechtigten sind der Ehegatte, die Verwandten auf- und absteigender Linie und die Geschwister des Verstorbenen zu dem Antrage befugt. Der Kreis der Antragsberechtigten wird hier einerseits erweitert, anderseits eingeengt; erweitert, indem auch den Verwandten auf- und absteigender Linie und den Geschwistern ein Antragsrecht eingeräumt wird; eingeengt, indem sowohl die Staatsanwaltschaft als der Verteidiger in Wegfall kommen.[1]) Das Mandat des Verteidigers erlischt spätestens mit dem Tode des Ver-

[1]) Als „Ehegatte des Verstorbenen" gilt — formelle Gültigkeit der Ehe vorausgesetzt — der überlebende Ehegatte nicht nur im Witwenstand, sondern auch nach erfolgter Wiederverheiratung. Dagegen beseitigt nicht nur die Ehescheidung, sondern auch die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft (§ 1575 BGB.) das eheliche Verhältnis und damit das Antragsrecht, so Olshausen zu § 189 StGB. Z. 5 und H. M.

urteilten, es entfällt damit die rechtliche Grundlage für eine weitere Tätigkeit im Interesse des Mandanten. Keineswegs selbstverständlich ist es, daß auch der Staatsanwaltschaft durch den Tod jedes Antragsrecht, auch das zugunsten des Verurteilten, entzogen wird. Es ergibt sich dies aber unzweideutig aus der Fassung des § 401 Abs. 2.[2])

Eine ausdrückliche Bestimmung für den Fall, daß der Verurteilte erst nach Stellung des Antrags gestorben ist, fehlt. Die §§ 401 und 411 StPO. beziehen sich nur auf die Antragsstellung nach dem Tode des Verurteilten.

Es ist im einzelnen folgendes auszuführen:

1. Ist der Verurteilte gestorben, ohne daß er selbst oder einer der übrigen Beteiligten (§§ 338/40, 405 StPO.) den Antrag gestellt hat, nimmt das Verfahren erst mit der Stellung des Antrags durch einen der in § 401 Abs. 2 als berechtigt Bezeichneten seinen Anfang. Es gilt für den Kreis der Antragsberechtigten das soeben ausgeführte.

2. Hat der Verurteilte selbst vor seinem Tode den Antrag gestellt und ist das Verfahren noch nicht eingestellt, bzw. der Antrag nicht abgelehnt worden, so kann nunmehr einer der Berechtigten (oder mehrere) (§ 401 Abs. 2) den Betrieb des Verfahrens übernehmen. Dies kann allerdings nicht dem Gesetz entnommen werden, der Fall ist übergangen und streitig; die herrschende Meinung spricht sich aber jetzt für die Übernahme aus.[3])

Es sind dabei an sich zwei Gestaltungen möglich; die Entscheidung zugunsten der einen oder der andern Gestaltung wird wesentlich von praktischen Gesichtspunkten abzuhängen haben.

Entweder wird das schwebende Verfahren auf Antrag eines Berechtigten fortgesetzt (Übernahme) oder findet es mit dem

---

[2]) Löwe-Hellweg, § 401 Z. 3. „§ 401 Abs. 2 eine Spezialbestimmung gegenüber dem allg. Grundsatz des § 405"; Stenglein, § 401 Z. 2; v. Kries, S. 635; Bennecke, S. 778, I b; Holtzendorff, 2. Bd. S. 341: Das Oberlandesgericht Kolmar erachtet dagegen auch die Staatsanwälte für antragsberechtigt. Goltd. Archiv, Bd. 38 S. 79 u. Thilo, § 401 Z. 3.

[3]) Wie hier: Bennecke-Beling, S. 599 Anm. 8, „es müsse per argumentum a fortiori angenommen werden, daß, falls der Verurteilte während des schwebenden Wiederaufnahmeverfahrens sterbe, die Angehörigen durch ihren Antrag die Weiterführung der Wiederaufnahme betreiben können"; Löwe, § 411 Z. 2a; Stenglein, § 411 Z. 2; v. Kries, S. 714.

Tode sein Ende, wird eingestellt und muß von einem der Berechtigten erst wieder neu beantragt werden.

Für die zweite Gestaltung kann nur das Schweigen des Gesetzes ins Feld geführt werden. Dies kann aber umso weniger ausschlaggebend sein, als das Fehlen einer ausdrücklichen Bestimmung offenbar nur auf einem Versehen beruhen dürfte, wenn man nicht sogar soweit gehen will, daß der Gesetzgeber die Übernahme als selbstverständlich angesehen und deshalb eine besondere Bestimmung für überflüssig gehalten hat.

Für die Übernahme des Verfahrens durch einfachen Antrag eines der Beteiligten sprechen aber ganz überwiegende praktische Gründe.[4])

Die Folge der Ablehnung wäre offensichtlich nur eine unnötige Verzögerung und Verteuerung des Verfahrens. Um Wiederholungen zu vermeiden, müßte mindestens im neu zu beantragenden Verfahren gestattet sein, die früheren Feststellungen ohne weiteres zu verwenden.

Die Lücke und Streitfrage will der Entwurf der neuen Strafprozeßordnung in § 363 Abs. 3 durch folgende Bestimmung beseitigen: „Hatte der Verstorbene die Wiederaufnahme bereits beantragt, so kann das Verfahren von denselben Personen (den in Satz 1 aufgeführten Berechtigten) fortgesetzt werden." Selbstverständlich kann die Fortsetzung nur innerhalb der Grenzen, in denen zugunsten eines Verstorbenen die Wiederaufnahme möglich ist, erfolgen. Diese Bestimmung ermöglicht folgende Variationen, wenn der Verurteilte selbst den Antrag gestellt hat und demnächst gestorben ist: Wurde mit dem Antrag nur eine andere Qualifizierung der Tat angestrebt, so ist nach dem Tod das Verfahren einzustellen, der gestellte Antrag genügt für die Weiterverfolgung nicht. Ging der Antrag von Anfang an auf Wiederaufnahme zwecks Freisprechung, ist zu unterscheiden:

a) Ist ein Berechtigter i. S. des § 401 Abs. 1 nicht vorhanden, oder wird der Antrag auf Fortsetzung von keinem der Berechtigten gestellt, so ist das Verfahren sofort einzustellen, insbesondere kann nicht etwa die Staatsanwaltschaft von sich aus das Ver-

4) Ein Antrag ist immer nötig; ebenso Löwe l. c. u. Beneckе-Beling l. c, „die Weiterführung eines zur Zeit des Todes schon schwebenden Verfahrens ohne den Antrag der Angehörigen, könne nicht gebilligt werden" (gegen Thilo 2 zu § 411 u. Karl Meyer, Deutsche Juristen-Zeitung, IV, 437); v. Kries l. c.

fahren weiterbetreiben. Eine Fortsetzung des Verfahrens von Amts wegen ist ausgeschlossen. Es steht natürlich jedem Berechtigten frei, nachträglich von sich aus einen neuen Antrag mit neuer Begründung zu stellen und zu verfolgen, sofern nur die Freisprechung des Verstorbenen erstrebt wird.

b) Wird von einem Berechtigten nach dem Tode des Verurteilten die Fortsetzung beantragt, so erleidet das Verfahren keine Unterbrechung; der Antragsteller tritt in vollem Umfang an die Stelle des Verstorbenen.

3. Hat die Staatsanwaltschaft gemäß §§ 405, 338 Abs. 2 bei Lebzeiten des Verstorbenen zugunsten des Angeklagten den Antrag auf Wiederaufnahme gestellt, so müßte in Konsequenz der Bestimmung, daß die Staatsanwaltschaft nach dem Tode des Verstorbenen kein Antragsrecht hat, dahin entschieden werden, daß das Verfahren einzustellen ist. Berücksichtigt man aber, daß der Staatsanwaltschaft nicht ausschließlich obliegt, das Interesse des Verurteilten zu vertreten, sondern mindestens gleich stark das öffentliche Interesse daran, daß ein Fehlspruch so rasch als möglich beseitigt wird, so hat das Ergebnis, daß die auf ihren Antrag veranlaßte Wiederaufnahme des Verfahrens nach dem Tode des Verurteilten unter allen Umständen einzustellen ist, etwas Unbefriedigendes. Ist es schon nicht ausgeschlossen, daß die Staatsanwaltschaft gegebenenfalls selbst gegen[5]) den Willen des Verurteilten die Wiederaufnahme beantragt hat (sie muß die Wiederaufnahme beantragen, sobald ihr ein Grund hiefür bekannt wird) oder daß der Verurteilte wegen (Geistes-)Krankheit oder aus anderen Gründen an der Antragstellung verhindert ist, so dürfte der Fall noch weit häufiger sein, daß nach dem Tode des Verurteilten ein Berechtigter i. S. des § 401 Abs. 2 StPO. nicht vorhanden oder wenigstens nicht bekannt ist.

Es wäre widersinnig, das Verfahren, das vielleicht dem Abschluß nahe ist, über welches schon in spaltenlangen Artikeln in den Zeitungen berichtet worden ist und an dessen Ergebnis die Öffentlichkeit demzufolge erheblichen Anteil nimmt, nur aus dem formalen Mangel eines andern Antragsberechtigten einzustellen, obwohl bis zum Tode des Verurteilten die Staatsanwaltschaft allein die Hüterin und Vertreterin des Interesses an der Wiederaufnahme

[5]) Beispiel: Der Angeklagte hat sich selbst falsch denunziert, unter Benützung gefälschter Urkunden oder Gestellung meineidiger Zeugen.

gewesen war. Bedenkt man noch, daß in den Fällen, in denen die Staatsanwaltschaft selbst den Wiederaufnahmeantrag zugunsten des Verurteilten gestellt hat, wohl ausnahmslos erdrückendes Beweismaterial für die Unschuld des Verurteilten vorliegen wird, so wird man sogar soweit gehen müssen, nicht nur ein Recht, sondern die Pflicht der Staatsanwaltschaft zur Fortsetzung und Durchführung des auf Freisprechung gerichteten Wiederaufnahmeverfahrens zu statuieren ohne Rücksicht auf das Verhalten oder das Interesse der Berechtigten; das von ihr vertretene öffentliche Interesse überwiegt.

Es ist der Allgemeinheit nicht gleichgültig, ob eine Verurteilung zu Unrecht erfolgt ist oder nicht, ob dem Verurteilten noch im Grabe sein Recht wird.

Wie die Verfolgung einer strafbaren Handlung nicht allein wegen der Verletzung der staatlichen Rechtsordnung, wegen der begangenen Rechtswidrigkeit eintritt, so hat auch die Allgemeinheit ein Interesse daran, daß die Strafverfolgung und Strafe nur am rechten Platz zur Anwendung kommen. Die letzten Konsequenzen dieser Erwägungen führen freilich dahin, der Staatsanwaltschaft jederzeit, auch nach dem Tode des Verurteilten, ein selbständiges Antragsrecht einzuräumen; dies ist aber durch § 401 Abs. 2 strikt ausgeschlossen.

Ein Hauptgrund dieser Bestimmung ist unschwer darin zu finden, daß nach dem Tode des Hauptbeteiligten nicht unnötig Staub aufgewirbelt werden soll in einer Sache, die ihm doch nicht mehr unmittelbar zustatten kommt. Ganz anders liegt der Fall, wenn der Tod im Verlauf des Wiederaufnahmeverfahrens eintritt; ist der Stein einmal ins Rollen gebracht, soll sein Lauf nicht ohne triftigen Grund unterbrochen werden.[6])

Entscheidet man sich dahin, daß das Verfahren einzustellen ist, so wird doch dagegen nichts einzuwenden sein, daß in dem durch nachträglichen Antrag eines Berechtigten veranlaßten Wiederaufnahmeverfahren die früher gewonnenen Feststellungen kurzerhand übernommen werden.

---

[6]) Auf die Frage muß im 2. Teil nochmals zurückgekommen werden, s. die Ausführungen S. 43 f. — Wie hier wohl auch Oberlandesgericht Kolmar in Goltd. Archiv, Bd. 38 S. 79 u. 80. Entsch. vom 24. März 1890; u. Thilo, § 401 Z. 3, da beide sogar die Antragstellung der Staatsanwaltschaft nach dem Tode des Verurteilten für zulässig erklären. S. oben S. 22 Anm. 4.

4. Hat der Verteidiger des Verurteilten zu dessen Lebzeiten gemäß § 339 StPO. den Antrag auf Wiederaufnahme gestellt (im vermuteten Einverständnis des Verurteilten), so findet das Verfahren mit dem Tod des Verurteilten sein Ende, selbst wenn es die Freisprechung bezweckt.

Es wird aber in analoger Anwendung des unter 3. 1 Ausgeführten ein Recht auf Übernahme und Fortsetzung des Verfahrens seitens eines „Berechtigten" anzuerkennen sein. Der Verteidiger selbst fällt weg, mit dem Tode ist sein Mandat für immer erloschen; die analoge Anwendung des über die Stellung der Staatsanwaltschaft. sub. 2 Ausgeführten kann natürlich nicht in Frage kommen, da kein Verteidiger, auch nicht der „notwendige" oder der bestellte, Vertreter des Staates ist.

5. Eine ähnliche Stellung wie der Verteidiger nimmt der gesetzliche Vertreter ein; auch ihm steht ein selbständiges Antragsrecht zu (§ 340 StPO.). Auch das von ihm veranlaßte Verfahren findet mit dem Tode des Verurteilten mindestens vorläufig sein Ende.

Die Frage, ob das Verfahren von den „Berechtigten" fortgesetzt werden kann, oder ob ein neuer Antrag zu einem neuen Verfahren nötig ist, wird folgendermaßen zu beantworten sein: Ist der gesetzliche Vertreter zugleich einer der „Berechtigten" des § 401 Abs. 2, so genügt sein Antrag zur Fortsetzung und das Verfahren erleidet keine Unterbrechung; gehört er nicht zu den „Berechtigten", kann von diesen das Verfahren nicht einfach fortgesetzt werden, vielmehr ist ein neuer Antrag zu einem neuen Verfahren nötig und das Verfahren ist einzustellen, wenn kein Antrag erfolgt. Der gesetzliche Vertreter selbst hat als solcher keinen Einfluß mehr auf das Verfahren.

Verteidiger und gesetzlicher Vertreter haben gemeinsam das Antragsrecht, neben dem des Verurteilten. Während aber das Antragsrecht des gesetzlichen Vertreters ganz selbständig gestellt ist (unabhängig von der Stellungnahme des Verurteilten zum Wiederaufnahmeverfahren), kann der Verteidiger nie dem ausdrücklichen Willen des Verurteilten zuwider den Antrag stellen. Sein Antragsrecht ist also nur insofern selbständig, als er von dem Nachweis entbunden ist, vom Verurteilten zur Stellung des Antrags ermächtigt zu sein. Er hat bis zum Beweis des Gegenteils die Vermutung für sich, daß er dem Willen des Beschuldigten entsprechend handle. Im Ver-

teidiger handelt der Verurteilte selbst, im gesetzlichen Vertreter eine unabhängige Person neben dem Verurteilten.

Die ungleiche rechtliche Stellung bedingt die verschiedenartigen Schlußfolgerungen für den Gang des Verfahrens nach dem Tode.[7])

6. Hat der Ehemann einer verurteilten Frau vor deren Tod den Antrag auf Wiederaufnahme selbständig gestellt (§ 340 StPO.), so wird das Verfahren durch den Tod nicht unterbrochen, sondern nimmt, da der Ehemann zu den nach dem Tode Antragsberechtigten gehört, seinen ungestörten Fortgang, sofern es nur die Freisprechung bezweckt. Andernfalls ist es einzustellen. Es braucht nicht einmal ein Antrag auf Fortsetzung des Verfahrens gestellt zu werden.

7. Die übrigen gemäß § 401 StPO. Antragsberechtigten kommen vor dem Tode nur in Betracht, sofern sie gleichzeitig einer der unter Z. 3 und 4 aufgeführten Kategorien angehören. Für sie wird es in den meisten Fällen nur darum handeln können, das Wiederaufnahmeverfahren in Gang zu bringen. Sollte der Antragsteller aus § 402 Abs. 2 während des Verfahrens sterben, ist das Verfahren einzustellen, falls nicht ein anderer Berechtigter vorhanden und willens ist, an seine Stelle zu treten und die Fortsetzung zu beantragen. Ohne Antragsteller kann die Prozedur nicht fortgesetzt werden.

Anhang: Der Entwurf einer neuen Strafprozeßordnung enthält über das Schicksal des beim Tode des Verurteilten anhängigen Verfahrens nur die S. 19 zitierte Bestimmung. Zweifellos unzulässig ist der Rückschluß, daß ohne ausdrückliche Bestimmung die Fortsetzung des Verfahrens durch Übernahme unzulässig sei. Vielmehr steht auch der Entwurf, wie sich aus der Begründung ergibt, auf dem Standpunkt, daß dieser Fall in der geltenden Strafprozeßordnung übergangen worden ist. Dagegen nimmt auch der Entwurf keine Stellung zu der Frage, was aus dem von der Staatsanwaltschaft beantragten Verfahren nach dem Tode des Verurteilten werden soll. Die oben vertretene Ansicht dürfte allein der Stellung der Staatsanwaltschaft im Prozeß entsprechen. Der Kreis der Antragsberechtigten deckt sich mit dem der bisherigen Strafprozeßordnung, ebenso der Zweck der Wiederaufnahme nach dem Tode, bzw. der Fortsetzung des Verfahrens: die Freisprechung des Verurteilten.

[7]) Zu vgl. Löwe, § 339 Z. 2 u. § 340 Z. 2 a; Stenglein, § 339 Z. 2 u. 3, § 340 Z. 2.

II. Der Antrag nach Form und Inhalt:

Über die Form des Antrags bestimmt § 406 Abs. 2, daß er, wenn er von einer der in § 402 Abs. 2 bezeichneten Personen ausgeht, nur mittels einer von einem Rechtsanwalt unterzeichneten Schrift oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers[1]) angebracht werden kann (wird er noch vom Verurteilten selbst angebracht, muß er der gleichen Formschrift entsprechen, nur kann er auch vom Verteidiger unterzeichnet werden).

Schon in dem Antrag müssen der gesetzliche Grund der Wiederaufnahme des Verfahrens sowie die Beweismittel angegeben werden (§ 406 Abs. 2).

Nur der vom Antragsteller angeführte Grund unterliegt der Prüfung des Gerichts. Das Gericht ist nicht befugt, von sich aus aus anderen Gründen die Wiederaufnahme anzuordnen.[2]) Es gibt, wie mehrfach erwähnt, keine Wiederaufnahme von Amts wegen, sondern nur auf Antrag eines Beteiligten. Der Antrag muß genügend, d. h. soweit nach Lage des Falles möglich und zur Erläuterung des behaupteten Anfechtungsgrundes nötig, substantiiert werden; die bloße Anführung einer Ziffer des § 399 StPO. genügt nicht.[3]) Ein Antrag, der auf die Behauptung einer strafbaren Handlung gestützt werden soll, ist nur zulässig, wenn wegen dieser Handlung eine rechtskräftige Verurteilung ergangen ist, oder wenn die Einleitung oder Durchführung eines Strafverfahrens aus anderen Gründen als wegen Mangels an Beweis (z. B. Tod oder Abwesenheit des Beschuldigten, Verjährung) nicht erfolgen kann (§ 404 StPO.). Die Beschränkung gilt aber nicht für die Fälle, in denen sich der Antragsteller gar nicht auf die Begehung einer strafbaren Handlung, sondern auf § 399 Z. 5 stützt.[4])

Durch § 404 wird § 399 ergänzt; der Antrag muß in der Substantiierung beiden Paragraphen Rechnung tragen.

Über den Inhalt des Antrags ist im einzelnen folgendes auszuführen: Eine strafbare Handlung setzen voraus die Z. 2 und 3 des § 399 StPO., dagegen muß die fälschliche Anfertigung oder

[1]) scil. des zuständigen Gerichts s. hierüber unten III. Der die Schrift unterzeichnende Rechtsanwalt muß als solcher bei einem deutschen Gericht zugelassen, er braucht aber in der Sache nicht vorher tätig gewesen zu sein. Löwe, §§ 406 Z. 2 u. 386 Z. 7.

[2]) Löwe, § 406 Z. 1; Bennecke-Beling S. 603.

[3]) Stenglein, § 406 Z. 1.

[4]) Bennecke-Beling, S. 602, Löwe, § 404 Z. 1 u. H. M. A. A. West in StrK3 XVI S. 247 ff., G.saal Bd. 56 S. 180 ff., 61 S. 147 ff., zu vgl. auch Ditzen in G.saal Bd. 47 S. 126 u. in StK3. Bd. 18 S. 53 ff.

Verfälschung der als Beweismittel zu ungunsten des Verurteilten verwerteten Urkunde nicht unbedingt eine strafbare Handlung enthalten,[5]) wenn auch in der überwiegenden Zahl der Fälle eine strafbare Urkundenfälschung vorliegen wird. Der Antrag hat sich hierüber auszulassen. Er muß ersichtlich machen, daß eine Urkunde (d. h. Urkunde im weitesten Sinne: jedes Schriftstück, welches durch seinen Inhalt, und jeder Gegenstand, welcher durch seine Besichtigung Beweis zu liefern geeignet ist, und zu diesem Zwecke in der Verhandlung benützt worden war,[6]) die objektiv fälschlich angefertigt oder verfälscht war, zu seinen bzw. des Verurteilten Ungunsten als echt vorgebracht und verwendet worden ist. Wird im Zusammenhang damit eine strafbare Handlung behauptet, so muß der Antrag ausweisen, ob wegen dieser Handlung eine rechtskräftige Verurteilung ergangen ist oder ob die Verfolgung der Tat aus den in § 404 bezeichneten Gründen unmöglich war.[7]) Ohne den Nachweis der bereits erfolgten Verurteilung ist der Antrag unzulässig.

Bei Z. 2 § 399 StPO. handelt es sich um die vorsätzliche oder fahrlässige Verletzung der Eidespflicht durch einen Zeugen und zwar muß das Zeugnis oder das Gutachten zuungunsten des Verurteilten gelautet haben, ferner muß bei Begründung des Antrags aus Z. 1 oder 2 schon im Antrag ersichtlich gemacht werden, daß die in diesen Bestimmungen bezeichnete Handlung auf die Entscheidung Einfluß, und zwar einen dem Verurteilten ungünstigen Einfluß, gehabt hat.[8])

§ 399 StPO. Z. 3 erfordert zwar auch eine strafbare Handlung der dort bezeichneten Gerichtsmitglieder (NB. nicht in Betracht kommen die Handlungen des Staatsanwalts, Gerichtsschreibers oder Verteidigers), die als Verletzung der Amtspflichten zu qualifizieren ist und mit einer im Wege des gerichtlichen, nicht bloß disziplina-

[5]) Wie hier Löwe, § 399 Z. 7 (aus § 404 dürfte ein Argument gegen diese Ansicht nicht entnommen werden); Stenglein, § 399 Z. 5; Bennecke-Beling, S. 600 Anm. 15 u. H. M.; A. A. v. Kries, S. 704; Birkmeyer S. 736.

[6]) Löwe, § 399 Z. 5; Stenglein, Z. 5; A. A. Binding, § 406 Z. 2, Grundriß S. 285, IV. A. A.; v. Kries, 704; Bennecke-Beling, S. 340 Z. 2 und S. 600 N. 14. Die Frage ist sehr bestritten.

[7]) „Die rechtskräftige Verurteilung wegen der den Wiederaufnahmegrund darstellenden strafbaren Handlung bildet das Fundament des Antrags. Diese Verurteilung kann nur in einer besonderen Untersuchung erfolgen." Löwe, § 406 Z. 2.

[8]) Löwe, § 399 Z. 13. Stenglein, § 399 Z. 6.

rischen, Strafverfahrens zu verhängenden öffentlichen Strafe bedroht und nicht von dem Verurteilten selbst veranlaßt ist; dagegen ist der Nachweis des Kausalzusammenhangs zwischen strafbarer Amtspflichtverletzung und Urteil nicht erforderlich, dieser wird vielmehr präsumiert (Löwe Z. 17). Daß der Antrag dem § 404 genügen muß, ergibt sich aus obigem.

Anders geartet sind die Voraussetzungen der Z. 4 und 5; sie erschüttern die unanfechtbar gewonnenen Beweisgrundlagen.

Z. 4: „Die Beseitigung eines zivilgerichtlichen Urteils, auf welches das Strafurteil gegründet ist, durch ein anderes rechtskräftiges Urteil", hat praktische Bedeutung überhaupt nicht gewonnen. Im Entwurf der neuen Strafprozeßordnung hat dieser Wiederaufnahmegrund deshalb keine Aufnahme mehr gefunden.

Hängt die Strafbarkeit einer Handlung von der Beurteilung eines bürgerlichen Rechtsverhältnisses ab, so entscheidet das Strafgericht gemäß § 261 StPO. auch über dieses selbständig. Sollte sich ein Strafurteil trotzdem einmal gerade auf ein zivilgerichtliches rechtskräftiges Urteil, das nachträglich im zivilprozessualen Wiederaufnahmeverfahren wieder aufgehoben wird, gründen, so fällt dieses Novum unter den Wiederaufnahmegrund Z. 5; eine Sonderbestimmung ist also überflüssig.[9])

An Z. 5 interessiert hier nur, daß das Wiederaufnahmeverfahren beantragt werden kann, wenn neue Tatsachen oder Beweismittel beigebracht werden — müssen in den Antrag aufgenommen werden —, die allein oder in Verbindung mit den früher erhobenen Beweisen die Freisprechung zu begründen geeignet sind. Nur soweit die neuen Tatsachen oder Beweismittel für die Schuldfrage *erheblich* sind, können sie den Wiederaufnahmeantrag begründen. Betreffen sie nur die Vorbedingungen der Strafverfolgung oder andere, die Schuldfrage nicht berührende Umstände (z. B. die Höhe der nach dem angeblichen Schaden des Verletzten bemessenen Buße), können sie nicht berücksichtigt werden.[10])

Der Wortlaut der Ziffer ist nicht dahin zu verstehen, daß immer *mehrere* neue Tatsachen oder Beweismittel gefordert werden.

---

[9]) Zu vgl. die Begründung des Entwurfs einer StPO. z. §§ 354, 355.

[10]) Um die Schuldfrage handelt es sich z. B. auch dann, wenn als neue Tatsache bewiesen werden soll, daß der Verurteilte zur Zeit der Begehung der Tat noch nicht das 12. Lebensjahr vollendet hatte. Stenglein, § 399 Z. 10; Löwe, Z. 20. RGE. XX, 46.

Abgesehen vom schöffengerichtlichen Verfahren[11]) ist nicht zu untersuchen, ob der Verurteilte die neuen Tatsachen oder Beweismittel schon im früheren Verfahren gekannt, er aber unterlassen hat, sie geltend zu machen; es kommt nur darauf an, ob die Tatsachen oder Beweismittel insofern „neue" sind, als sie nicht schon den über die Schuldfrage entscheidenden Gerichten (inkl. Berufungsgericht) bekannt waren, also bei der Entscheidung nicht in Betracht gezogen werden konnten.

Die allgemein anerkannten Mängel der Vorschrift haben dazu geführt, diesem Wiederaufnahmegrund im Entwurf eine wesentlich andere Fassung zu geben. Während es nämlich jetzt noch möglich ist, daß das Wiederaufnahmeverfahren erfolgreich beantragt wird, obwohl nicht die Unschuld erwiesen ist, sondern nur die früheren Grundlagen des Urteils nicht wiederherzustellen sind, wird im Entwurf verlangt, daß die neuen Tatsachen oder Beweismittel allein oder in Verbindung mit den früher erhobenen Beweisen die Unschuld des Verurteilten ergeben oder doch dartun, daß ein begründeter Verdacht gegen ihn nicht mehr vorliegt (§ 354 Abs. 1 des Entwurfs).

Diese Änderung ist dringend notwendig, um einen Mißbrauch des Wiederaufnahmeverfahrens zu verhindern. Es ist nicht der geringste Grund dafür vorhanden, einen Verurteilten lediglich aus dem Umstand profitieren zu lassen, daß die Beweismittel, auf die das Urteil gestützt war, nicht mehr vorhanden oder infolge Zeitablaufs in ihrer Beweiskraft geschwächt sind (s. die Begründung des Entwurfs l. c.).

Der Antrag ist an keine Frist gebunden, er kann vielmehr jederzeit gestellt werden. Er wird weder durch die erfolgte Strafvollstreckung noch durch Begnadigung ausgeschlossen. Es ist selbstverständlich, daß auch die Begnadigung das Interesse an der Beseitigung eines Fehlspruchs nicht aufzuheben braucht. Die Wiederaufnahme nach erfolgter Strafvollstreckung kann sehr erhebliche praktische Folgen haben; zu vgl. das Gesetz vom 20. Mai 1898 betr. die Entschädigung der im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen Personen (näheres unten).

Zu erwähnen ist noch, daß durch den Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens die Vollstreckung des Urteils nicht gehemmt

[11]) Den schöffengerichtlichen Sachen stehen die vom Amtsrichter allein abgeurteilten gleich, § 211 Abs. 2 StPO.

wird, daß das Gericht jedoch einen Aufschub, sowie eine Unterbrechung der Vollstreckung anordnen kann (§ 400). Diese Bestimmung hat natürlich nach dem Tode des Verurteilten nur noch eine beschränkte Bedeutung, immerhin ist sie nicht bedeutungslos wegen der etwa drohenden oder schon eingeleiteten Zwangsvollstreckung in den Nachlaß wegen der Kosten oder einer Geldstrafe.

III. Das zuständige Gericht.

Welches Gericht ist zur Entgegennahme und Prüfung des Antrags nach dem Tode des Verurteilten zuständig? Für das normale Wiederaufnahmeverfahren bestimmt § 407 StPO., daß über die Zulassung des Antrags auf Wiederaufnahme des Verfahrens das Gericht zu entscheiden habe, dessen Urteil mit dem Antrag angefochten werde. Das gleiche Gericht muß bei dem Wiederaufnahmeverfahren nach dem Tode zuständig sein; § 411 enthält keine Spezialbestimmung über die Zuständigkeit. Auch das Verfahren nach dem Tode beginnt mit der Prüfung der Zulässigkeit des Antrags, d. h. ob er in der vorgeschriebenen Form und von einer berechtigten Person angebracht ist, ob darin ein gesetzlicher Grund der Wiederaufnahme geltend gemacht wird, und ob er genügend substantiiert ist (§§ 408 und 401 Abs. 2). Diese formale Prüfung hat gemäß § 407 durch das Gericht zu erfolgen, dessen Urteil mit dem Antrag angefochten wird.

IV. Die Tätigkeit des zuständigen Gerichts nach Stellung des Antrags.

Die Wege des Wiederaufnahmeverfahrens bei Lebzeiten und des Verfahrens nach dem Tode des Verurteilten gehen auseinander, sobald der Wiederaufnahmeantrag beim zuständigen Gericht von einer berechtigten Person vorschriftsmäßig angebracht worden ist.

Das Schicksal des ohne die vorgeschriebene Form oder ohne den unbedingt notwendigen Inhalt eingereichten Antrags ist noch in beiden Fällen das gleiche: er ist durch Beschluß als unzulässig zu verwerfen (§ 401 Abs. 1 StPO.). Beim Wiederaufnahmeantrag nach dem Tode tritt bekanntlich zum gewöhnlichen Inhalt als weiteres Essentiale noch der Zweck, nämlich die Freisprechung, hinzu. Es handelt sich um eine Abweisung des Antrags a limine, ohne (Haupt-)Verhandlung. In den zur Zuständigkeit des Amtsgerichts bzw. des Schöffengerichts, gehörigen Sachen hat demnach der Amtsrichter zu beschließen (GVG. § 30 Abs. 2), die Strafkammer ent-

scheidet in allen Fällen in der Besetzung mit drei Richtern, mag es es sich um die Anfechtung eines erst- oder zweitinstanzlichen Urteils oder um ein Urteil des Schwurgerichts handeln (§§ 77, 82 GVG.).

In den vor ein Oberlandesgericht oder das Reichsgericht gehörigen Sachen entscheidet der zuständige Senat in der Besetzung von fünf bzw. sieben Mitgliedern (§§ 124, 140 GVG.). Selbstverständlich ist der Richter, der sich in Beziehung auf die Sache nach dem Antrag einer (strafbaren) Verletzung seiner Amtspflichten schuldig gemacht soll, von jeder Mitwirkung ausgeschlossen.

Der den Antrag als unzulässig abweisende Beschluß (wie überhaupt jede Entscheidung, welche aus Anlaß eines Antrags auf Wiederaufnahme des Verfahrens vor dem Gericht in erster Instanz erlassen wird), kann mit der sofortigen Beschwerde angefochten werden (§ 412 StPO.).

Leidet der Antrag nur an einem untergeordneten, leicht zu beseitigenden Mangel (z. B. Unvollständigkeit des Antrags oder mißverständliche Fassung u. dgl.), *kann* das Gericht, statt ihn sofort abzuweisen, zur Ergänzung oder Verbesserung auffordern. Dies dürfte sich um so mehr empfehlen, als der Antragsteller den Antrag jederzeit in verbesserter Form wieder einreichen kann.[1]) Ist der Antrag zunächst nicht zu beanstanden, hat das Gericht zu prüfen, ob er *begründet* ist oder nicht. Im Wiederaufnahmeverfahren zu Lebzeiten des Verurteilten schließt sich an die erste formale Prüfung ein Vorverfahren an, das entweder zur Erneuerung der Hauptverhandlung überleitet oder mit der Verwerfung des Antrags als *unbegründet* abschließt. Das Wiederaufnahmeverfahren nach dem Tode des Verurteilten hat als hervorstechendste Eigentümlichkeit das Fehlen einer Hauptverhandlung. § 411 spricht sich kurz dahin aus, daß das Gericht ohne Erneuerung der Hauptverhandlung nach Aufnahme des etwa noch erforderlichen Beweises entweder die Freisprechung zu erkennen oder den Antrag auf Wiederaufnahme abzulehnen habe. Dem ist in erster Linie zu entnehmen, daß ein Wechsel des Gerichts nicht stattfindet. Das Gericht, welches für die Entgegennahme und formelle Prüfung des Antrags zuständig ist, hat auch weiterhin die Sache zu behandeln, und die Schlußentscheidung zu treffen. Es gibt keine Beschlußkammer für das Vorverfahren neben dem für die Hauptverhandlung und Endentschei-

[1]) Ebenso Löwe zu § 508 Z. 5; s. auch Stenglein, Z. 6; Bennecke-Beling, S. 605, II.

dung zuständigen Gericht. Das ganze Verfahren ist tunlichst vereinfacht: ohne Angeklagten keine Verhandlung; die Antragsberechtigten können nicht in die Rolle des Angeklagten eingewiesen werden.

Im übrigen ist das Gesetz lückenhaft. Es läßt insbesondere unentschieden, ob die Bestimmungen über das Wiederaufnahmeverfahren zugunsten eines Lebenden entsprechende Anwendung zu finden haben, soweit sich nicht aus § 411 etwas anderes ergibt.

Es ist anzunehmen, daß nach Feststellung der formellen Zulässigkeit — streitig, ob in besonderem Beschluß oder nur durch Fortsetzung des Verfahrens, Löwe § 408 Z. 4 für, Stenglein § 408 Z. 2 gegen einen besonderen Beschluß (s. dort die weitere Literatur)[2]) — der Antrag der Staatsanwaltschaft unter Bestimmung einer Frist zur Erklärung zuzustellen ist. Nach Ablauf der Frist hat das Gericht den etwa noch erforderlichen Beweis aufzunehmen. Während im gewöhnlichen Verfahren vom Gericht ein Richter (nicht notwendig ein Mitglied der beschließenden Kammer — die Bestimmung des § 409 Abs. 1 hat natürlich nur für ein Kollegialgericht Bedeutung —) mit der Aufnahme der angetretenen Beweise, soweit erforderlich, beauftragt wird, hat beim Verfahren nach dem Tode „das Gericht" selbst, d. h. das Beschlußgericht in der Zusammensetzung von einem, drei, fünf, sieben Richtern, den etwa noch erforderlichen, scil. im Antrag angetretenen Beweis aufzunehmen, wobei etwaige Gegenanträge der Staatsanwaltschaft Berücksichtigung zu finden haben.

Die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme ist dadurch bedingt, daß die Beweisaufnahme wegen des Wegfalls der Hauptverhandlung hier die Funktion hat, die Grundlage der Entscheidung (der Freisprechung) zu sein.

Bezüglich des Rechtes der Antragsteller und der Staatsanwaltschaft auf Anwesenheit im Beweistermin ist auf § 409 Abs. 3 in Verbindung mit § 191 zu verweisen. Da die Beweisaufnahme, wie soeben erwähnt, die Hauptverhandlung ersetzen soll, genügt das beschränkte Anwesenheitsrecht gemäß § 191 den Interessen der Berechtigten nur unvollkommen (vgl. besonders § 191 Abs. 5), es ist ihnen vielmehr ein volles Anwesenheitsrecht, wie in der Hauptverhandlung, einzuräumen.

---

[2]) Ein besonderer Beschluß dürfte zum mindesten im Wiederaufnahmeverfahren nach dem Tode nicht nötig sein. Es dürfte sich eine Behandlung des Antrags analog der Privatklage § 422 StPO. empfehlen. Der Entwurf sieht keinen besonderen Beschluß vor.

Obwohl eine ausdrückliche Bestimmung fehlt, kann wohl kein Zweifel sein, daß es in diesem Verfahren nicht dem Ermessen des Gerichts überlassen bleibt, ob die Zeugen und Sachverständigen eidlich vernommen werden sollen.[3])

Soll das Beweisergebnis geeignet sein, ein rechtskräftiges Urteil umzustoßen, muß es vollwertig, d. h. unter Beobachtung aller vom Gesetz vorgesehenen Kautelen gewonnen sein. Entsprechend anwendbar dürfte auch die Bestimmung des § 409 Abs. 4 sein, daß nämlich der Antragsteller und die Staatsanwaltschaft nach Schluß der Beweisaufnahme unter Bestimmung einer Frist zur ferneren Erklärung aufzufordern sind. Nach Ablauf der Frist und Aufnahme der neu beantragten erforderlichen Beweise hat das Gericht seine Entscheidung zu treffen.

V. Die Entscheidung.

An Stelle des Eröffnungsbeschlusses tritt bei dem Wiederaufnahmeverfahren ausnahmsweise sofort eine Sachentscheidung, wenn der Angeklagte tot ist und die Freisprechung geboten erscheint.

Über die Form der Entscheidung, ob Urteil oder Beschluß, herrscht Streit; das Gesetz läßt im Stich.

Für Freisprechung in der Form eines Urteils: Bennecke-Beling S. 609 (Sachentscheidungen seien, wo nichts Gegenteiliges bestimmt, grundsätzlich in Urteilsform auszusprechen); Löwe § 411 Z. 4; Binding, Grundrisse, S. 290, X; Entsch. d. RG. Bd. 28 S. 146 f.; Glaser, II, 264; A. A. v. Kries, S. 714, § 78 A; Stenglein, § 411 Z 4; Rosenfeld, § 92, IV und § 33, VI, „die Urteile werden stets auf Grund einer Hauptverhandlung erlassen"; Birkmeyer S. 744 und 469.

Richtig dürfte die Ansicht sein, daß das Erkenntnis in Urteilsform zu erfolgen hat. Dies ist einerseits dem zweifellos mit Bedacht gewählten Ausdruck „erkennen" zu entnehmen, der mit Vorliebe in der Gesetzessprache in Verbindung mit oder in Beziehung auf die Urteilsform verwendet wird. Anderseits ist kaum denkbar, daß der Gesetzgeber die Möglichkeit, durch einfachen Beschluß selbst höchstrichterliche Urteile aufzuheben, einräumen wollte. Demgegenüber kann das Bedenken Stengleins nicht durchschlagen, daß noch abnormer als die Beseitigung eines Urteils durch Beschluß,

[3]) Bennecke-Beling, S. 609 Z. 2; Entsch. des RG., Bd. 29 S. 64 ff.; Stenglein, § 411 Z. 3.

wäre, wenn der Amtsrichter allein oder die beschließende Kammer in der Besetzung von drei Richtern Urteile von so weittragender Art sollten erlassen können, tatsächlich können sie eben eine Entscheidung von überaus weittragender Art erlassen, so daß der Name an sich nebensächlich sein könnte. Es harmoniert aber sicher mehr mit dem System der Strafprozeßordnung, wenn auch im Wiederaufnahmeverfahren ein Urteil nur wieder durch ein Urteil aufgehoben werden kann. Bedenken gegen die Angemessenheit einer Urteilsfällung ohne Hauptverhandlung äußert übrigens auch Löwe l. c.

Daß im folgenden § 412 als Rechtsbehelf gegen alle Entscheidungen, welche aus Anlaß eines Antrages auf Wiederaufnahme des Verfahrens erlassen werden, die sofortige Beschwerde bezeichnet wird, kann um so weniger ausschlaggebend sein, als nur gegen die in erster Instanz erlassenen Entscheidungen dieser Rechtsbehelf angeordnet worden ist.

Aus der Stellung der Paragraphen zueinander allein schon Schlüsse ziehen zu wollen, verbietet sich bei der notorisch mangelhaften Redaktion der Strafprozeßordnung mindestens so lange, als beachtliche Gegenstände vorhanden sind.

Der Entwurf ordnet klipp und klar, ebenfalls ohne Erneuerung der Hauptverhandlung, eine Entscheidung durch Urteil an. Das Gericht hat „entweder die Freisprechung zu erkennen, oder, ebenfalls durch Urteil, den Antrag auf Wiederaufnahme abzulehnen". Auf Freisprechung kann nur erkannt werden, wenn die vom Antragsteller beigebrachten Beweise oder die sonstige Begründung des Antrags zur Freisprechung ausreichen. Hierauf allein hat die Entscheidung des Gerichts zu basieren. Eine Ladung von Zeugen und Sachverständigen durch das zuständige Gericht von Amts wegen findet nicht statt.

Das zulässige Rechtsmittel ist das der Instanz entsprechende; die hier gedachte Entscheidung steht hinsichtlich der Rechtsmittel dem in einer Hauptverhandlung ergangenen Urteil völlig gleich.[1])

Richtet sich das Wiederaufnahmeverfahren gegen ein auf Privatklage ergangenes Urteil, gestaltet sich die Prozedur nicht wesentlich anders. Es ist als selbstverständlich zu bezeichnen, daß in diesem Verfahren die Staatsanwaltschaft keine Rolle spielt, an ihre Stelle tritt der Privatkläger.

Seine Stellung zur Sache ist insofern grundverschieden von der

[1]) Löwe zu § 411 Z. 6; Bennecke-Beling, S. 610 oben.

Stellung der Staatsanwaltschaft, als für ihn niemals ein Wiederaufnahmeantrag zugunsten des Verurteilten in Betracht kommen kann. Er vertritt im Prozeß kein öffentliches, sondern nur sein, häufig höchst geringwertiges, eigenes Interesse. Was oben über die Weiterverfolgung eines von der Staatsanwaltschaft zugunsten des Angeklagten beantragten, durch dessen Tod unterbrochenen Wiederaufnahmeverfahrens ausgeführt worden ist, bleibt also für den Privatkläger belanglos. Dagegen ist er in dem nach dem Tode des Verurteilten beantragten und eingeleiteten Wiederaufnahmeverfahren dann beizuziehen, wenn im öffentlichen Verfahren die Staatsanwaltschaft beigezogen werden müßte. Das Verfahren selbst erleidet keine Veränderung.

Die Beantragung des Wiederaufnahmeverfahrens ist nicht möglich, wenn die Privatklage durch Vergleich erledigt worden ist, mag auch der Vergleich auf falscher, einen Wiederaufnahmegrund des § 399 StPO. enthaltender Grundlage zustande gekommen sein. Der Antrag setzt immer ein rechtskräftiges Urteil voraus.

VI. Die Folgen der Freisprechung.

1. Mit der Freisprechung ist die Aufhebung des früheren Urteils zu verbinden; ferner ist die Aufhebung auf Verlangen des Antragstellers durch den deutschen Reichsanzeiger bekannt zu machen und kann nach dem Ermessen des Gerichts auch durch andere Blätter veröffentlicht werden.[1]) Die Veröffentlichung erfolgt auf Kosten der Staatskasse (ebenso der Entwurf). Sie soll einen Ersatz für die Öffentlichkeit der Verhandlung bilden, sie ist deshalb auch nur für die Fälle des § 411, nicht allgemein nach einem erfolgreichen Wiederaufnahmeverfahren, vorgesehen.[2])

Zu veröffentlichen ist „die Aufhebung des früheren Urteils" d. h. wohl der Urteilstenor; die Gründe werden nicht mit veröffentlicht. Weitere Folge des freisprechenden Urteils ist, soweit möglich, die Rückgängigmachung der Folgen des angefochtenen Urteils:

Eine beigetriebene Geldstrafe und die Kosten des Verfahrens sind zurückzuzahlen, eingezogene Sachen sind zurückzugeben, bzw. wenn nicht mehr vorhanden, dem Werte nach zu ersetzen. Ferner kann vom Empfänger nach den Bestimmungen über die ungerecht-

[1]) Die Veröffentlichung durch mehrere Blätter wird sich besonders dann empfehlen, wenn von der Publikationsbefugnis des § 200 StGB. Gebrauch gemacht worden ist.

[2]) Zu beachten § 411 Abs. 2.

fertigte Bereicherung die Rückerstattung einer geleisteten Buße verlangt werden; mit der Freisprechung entfällt die Grundlage des Anspruchs auf Buße. Die Geltendmachung des Anspruchs auf Rückgewähr liegt den Erben ob. Erfolgt die Rückerstattung nicht freiwillig, muß Zivilklage angestrengt werden.

Das gleiche gilt bei vorausgegangener Privatklage.

Hat das Wiederaufnahmeverfahren den Erfolg der Freisprechung, ist sowohl die ev. wegen der Verurteilung zu einer Geldstrafe in die Staatskasse bezahlte Summe zurückzuerstatten, als vom Privatkläger für bezahlte Prozeß- und Parteikosten Ersatz zu leisten; eine etwa schon entrichtete Buße ist zurückzuerstatten. Die Zwangsmittel sind die gleichen wie oben.

2. Selbständige Bedeutung haben die auf das Gesetz vom 20. Mai 1898, betr. die Entschädigung der im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen Personen, sich stützenden Ersatzansprüche.[3]) Sie stellen neben das mit der Freisprechung erworbene Recht auf Beseitigung der direkten nachteiligen Urteilsfolgen die Verpflichtung der Staatskasse zur Entschädigung wegen der indirekten, nicht dem aufgehobenen Urteil selbst zu entnehmenden nachteiligen Folgen. Diese Verpflichtung ist aber nicht ohne weiteres mit dem freisprechenden Urteil verbunden, vielmehr muß darüber vom Gericht, allerdings gleichzeitig mit dem Urteil, besonderer Beschluß gefaßt werden (§ 4 d. Ges.). Zweck des Gesetzes ist, dem Verurteilten ein gerichtlich verfolgbares Recht auf Schadensersatz nach erfolgreicher Durchführung des Wiederaufnahmeverfahrens gegen ein ganz oder teilweise vollstrecktes Urteil (§ 1 und 5 d. Ges.) zu geben. Außer den Verurteilten haben diejenigen, denen gegenüber er kraft Gesetzes unterhaltspflichtig war, einen (selbständigen) Anspruch auf Entschädigung (§ 1 Abs. 2); d. h. die Ehegatten, die Verwandten in gerader Linie und das uneheliche Kind gegenüber dem Vater.[4]) Voraussetzung des Anspruchs der ersatzberechtigten Hinterbliebenen ist, daß die Unschuld des Verurteilten oder doch dargetan worden ist, daß bezüglich der Tat ein begründeter Verdacht nicht mehr vorliegt (zu vgl. die erwähnte gleiche Fassung des Entwurfs in § 354).

Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der Verstorbene die frühere Verurteilung vorsätzlich herbeigeführt oder durch grobe Fahr-

[3]) Zu vgl. auch Ges. vom 14. Juli 1894, betr. die Entschäd. für unschuldig erlittene Untersuchungshaft.

[4]) Zu vgl. die §§ 1360, 1578, 1601 ff., 1705, 1739, 1766, 1708 BGB

lässigkeit verschuldet hat. Nur der durch die Strafvollstreckung, nicht jeder überhaupt durch die Strafverfolgung entstandene Schaden soll vergütet werden; speziell die unterhaltsberechtigten Hinterbliebenen können insoweit Ersatz verlangen, als ihnen durch die Strafvollstreckung der Unterhalt entzogen worden ist (§ 2 Abs. 2).

Über das Verfahren s. §§ 4 und 5 d. Ges. Der Entschädigungsanspruch gegen die Staatskasse entsteht erst durch den gerichtlichen Beschluß gemäß § 4.

Bei einer Freisprechung im Wiederaufnahmeverfahren post mortem können die gemäß § 1 Abs. 2, § 2 Abs. 2 d. Ges. Anspruchsberechtigten nur ihren selbständigen Anspruch geltend machen. Der Verstorbene selbst kann natürlich keine eigenen Rechte mehr geltend machen. Ebensowenig haben aber seine Erben als solche einen Anspruch auf Entschädigung. Erst die (nicht mehr mögliche) Zustellung des Beschlusses gemäß § 4 an den Verurteilten bewirkt die Vererblichkeit des Anspruchs. Die Erben können also insbesondere nicht Ersatz des ihnen vom Verstorbenen freiwillig oder vertragsmäßig (nicht kraft Gesetzes) gewährten Unterhalts verlangen. Die Höhe des eigenen Ersatzanspruchs der kraft Gesetzes Unterhaltsberechtigten berechnet sich nach den konkreten Verhältnissen. Die Unterhaltsberechtigten können einerseits nicht mehr verlangen, als ihnen der Verstorbene an Unterhalt tatsächlich gewährt hätte, es ist anderseits nicht zu berücksichtigen, was er über seine Verpflichtung hinaus zur Zeit der Verurteilung bzw. der Verhaftung (vgl. Gesetz vom 14. Juli 1904) geleistet hat. Es ist zu prüfen, welches Einkommen der Verstorbene in den einzelnen Zeitabschnitten vermutlich gehabt haben würde. Es ist also auch eine etwaige Verbesserung der Lage des Verstorbenen in Betracht zu ziehen. Maßgebend ist ferner, wie lange der Verstorbene während der mutmaßlichen Dauer seines Lebens zur Gewährung des Unterhalts verpflichtet gewesen sein würde.

Der Anspruch der Unterhaltsberechtigten muß schon zu der Zeit, zu der der Verstorbene das Strafübel erlitt, bestanden haben. Es genügt aber, daß der Anspruch zu irgendeinem Teil der Zeit bestand, in welchen die Vollstreckung fiel.

Maßgebend ist die damalige Zeit, nicht die Zeit der Entschädigungsfestsetzung. War der Verstorbene erwerbsunfähig oder leistete er aus Nachlässigkeit oder Böswilligkeit nichts, steht den Unterhaltsberechtigten kein Anspruch zu.

Der Anspruch gegen den Staat ist kein Unterhaltungsanspruch, sondern ein selbständiger Schadensersatzanspruch.[5])

Das Gesetz vom 20. Mai 1898 will den Ersatzanspruch des Verurteilten bzw. der unterhaltsberechtigten Hinterbliebenen nicht einschränken, sondern erweitern. Ohne den Nachweis eines Verschuldens irgendeines der übrigen Prozeßbeteiligten wird in den erwähnten Fällen ein Anspruch gegen den Staat gewährt. Durch diese Bestimmung soll aber ein weitergehender Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung gegen einen Dritten (Zeugen, Sachverständigen usw.) nicht ausgeschlossen werden, er wird durch sie nur insofern berührt, als gemäß § 3 Abs. 2 d. Ges. die Kasse des Bundesstaates, welche die Entschädigung gezahlt hat, bis zum Betrage der geleisteten Entschädigung in die Rechte gegen den ersatzpflichtigen Dritten eintritt.

Soweit dritte Personen neben dem Verurteilten durch das aufgehobene Urteil unmittelbar betroffen worden sind (z. B. durch die Einziehung, Vernichtung und Unbrauchbarmachung gewisser Gegenstände oder durch Haftbarmachung für eine, dem Verurteilten auferlegte Geldstrafe), ist ihnen ebenfalls in natura oder dem Wert nach voller Ersatz zu leisten.

II. Teil. Zusammenfassung, Kritik, Neue Wege.

§. 8.

I. Zusammenfassung.

Wir haben die Garantien und Wege des geltenden Rechts für die Verhütung und die Beseitigung einer ungerechtfertigten Verurteilung kennen gelernt. Der Verhütung dient der prinzipielle Ausschluß der Rechtskraft des Urteils nach dem Tode des Verurteilten und damit jeder Rechtsfolge ohne Unterschied, ob der Tod erst nach dem Urteil innerhalb der Rechtsmittelfrist oder schon vor dem verurteilenden Erkenntnis der ersten oder einer Rechtsmittel-

[5]) Zu vgl. Krause, S. 77 Z. 20 u. S. 98 Z. 4; Kähler, S. 36 u. 48; Burlage, S. 75 Z. 21 u. 22; Brandis, S. 94 ff.

instanz eingetreten ist. Nichtrechtskräftige Urteile müssen nicht erst (formell) beseitigt werden; der Kläger hat zwar schon zum Schlag gegen den Angeklagten ausgeholt, der Schlag kann aber nie mehr auf ihn herunterfallen.

Nicht so einschneidend wirkt der Tod des Verurteilten, wenn das vorliegende verurteilende Erkenntnis schon in Rechtskraft übergegangen ist. Er bewirkt nur die teilweise Unmöglichkeit der Vollstreckung des Urteils, insofern dieses nur vollzogen werden kann, soweit eine Vollstreckung in den Nachlaß möglich ist, oder besser, soweit sie sich nicht ausschließlich gegen die Person des Verurteilten richtet; das Urteil selbst ist unumstößlich; wenn es nicht an einem so wesentlichen Mangel krankt, daß die Wiederaufnahme des Verfahrens beantragt werden kann. Erst wenn in diesem formell zu beantragenden und zu führenden neuen Verfahren das angefochtene Urteil aufgehoben wird, ist es seiner Kraft entkleidet.

II. Kritik.

§ 9.

Einleitendes und Beurteilung der geltenden Bestimmungen vom Standpunkt des Staates.

Soll zu den geltenden gesetzlichen Bestimmungen über die Materie der Beseitigung einer ungerechtfertigten Verurteilung nach dem Tode des Verurteilten kritisch Stellung genommen werden, so ist es zunächst nötig, sich über das Problem, um das es sich hier handelt, klar zu werden; d. h. es ist der Einfluß des Todes des Verurteilten auf die Interessenlage der verschiedenen Beteiligten festzustellen.

Erst wenn festgestellt ist, welcher Art die Interessen sind, auf welche Rücksicht genommen werden muß, ist ein Urteil über die Qualität der geltenden Bestimmungen möglich.

1. Am Strafprozeß sind *immer* beteiligt: der Staat (durch das Gericht und, in der Mehrzahl der Fälle, die Staatsanwaltschaft) und der Angeklagte; es *können* beteiligt sein: der Privat- und Nebenkläger; weitere Personen, die durch das Urteil unmittelbar in ihren rechtlichen Beziehungen getroffen werden, und endlich: ein bestimmter Kreis von Personen kraft ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung wegen ihrer, teils rechtlichen, teils verwandtschaftlichen,

nahen Beziehungen zum Angeklagten.[1] [2]) Sie alle haben ein Interesse daran, daß ein gerechtes, d. h. ein dem Gesetz entsprechendes Urteil unter Beachtung sämtlicher essentieller Vorschriften zustande kommt. (Das Interesse des Angeklagten an einer Freisprechung à tout prix kommt hier nicht in Betracht.) Dies gilt hauptsächlich von der den Staat als Kläger vertretenden Staatsanwaltschaft und dem Angeklagten.

Anders als im Zivilprozeß gibt es im Strafprozeß keine Parteidisposition über den Streitstoff. Der Strafprozeß ist auf die „Erforschung der materiellen Wahrheit" eingestellt. Der Stellung der Staatsanwaltschaft entspricht es allein, daß sie, selbst auf die Gefahr hin, ihre eigene Anklage oder das von ihr veranlaßte Urteil zu Fall zu bringen, kein anderes Leitmotiv kennt, als dem Recht zum Sieg zu verhelfen.

Sie muß deshalb gegen ein nach ihrer Überzeugung ungerechtfertigtes, noch nicht rechtskräftiges Urteil zugunsten oder zuungunsten des Angeklagten Berufung oder Revision einlegen, sie muß ebenso gegen ein rechtskräftiges, nach ihrer Überzeugung aber mit gesetzlichen Gründen angreifbares Urteil die Wiederaufnahme des Verfahrens beantragen.

Für den Verurteilten stellt sich das Interesse insofern anders, als für ihn nur die Aufhebung eines für ihn ungünstigen Urteils in Betracht kommen kann und es immer seiner freien Initiative überlassen bleiben muß, ob er von den zulässigen Rechtsbehelfen Gebrauch machen will oder nicht.

2. Das strafrechtliche Interesse des Staates an einem Geschehnis erlischt nun aber mit dem Tode des Angeklagten oder Verurteilten. Zweck des Strafverfahrens ist Sühne für eine begangene strafbare Handlung in der Form der Verurteilung des Angeklagten und der Vollstreckung des verurteilenden rechtskräftigen Erkenntnisses. Diesen Zweck will der moderne Staat, wie

[1]) Nicht am Prozeß beteiligt in dem hier in Betracht kommenden Sinn als „Partei" sind die Zeugen und Sachverständigen.

[2]) Von einer Prozeßbeteiligung der an letzter Stelle aufgezählten Personen kann natürlich erst dann gesprochen werden, wenn sie entweder durch Einlegung eines Rechtsmittels oder die Beantragung des Wiederaufnahmeverfahrens ihren Beitritt erklärt haben. Hier kommt es nur auf das Interesse des Betreffenden an einem Strafprozeß an und dies ist mindestens latent schon vor dem Beitritt vorhanden. Insofern kann man auch von ihnen von Anfang an als von Prozeßbeteiligten sprechen.

mehrfach erwähnt, nur gegenüber einem lebenden Gegner verfolgen, kann doch auch ein Toter ihm und seiner Rechtsordnung nicht mehr gefährlich werden. Es ist deshalb nur die konsequente Durchführung des Prinzips, wenn die Strafprozeßordnung kein Antragsrecht der Staatsanwaltschaft — weder zugunsten noch zu ungunsten — auf Wiederaufnahme des Verfahrens nach dem Tode des Verurteilten kennt.

Vom Standpunkt des Staats aus betrachtet, hat es keinen Sinn, ein förmliches Verfahren nur zur Feststellung einzuleiten: ein vielleicht vor Jahren gefälltes Urteil gegen einen längst Verstorbenen sei ungerechtfertigt gewesen, das Urteil werde deshalb aufgehoben und der Angeklagte freigesprochen; so wenig wie die gegenteilige Entscheidung, der Freispruch sei zu Unrecht erfolgt, der Angeklagte werde jetzt noch, unter Aufhebung des früheren Urteils, zu der und der Strafe verurteilt, einen Sinn hätte. Man braucht zur Rechtfertigung gar nicht zu der Sentenz „quieta non movere" zu greifen, obwohl diese Begründung nicht ohne Gewicht wäre; durchschlagend ist schon der aus den Fundamentalsätzen unserer Strafprozeßordnung geschöfte Grund.

Es wäre gewiß verfehlt, wollte man das Postulat, die Staatsanwaltschaft habe jedem Straffall objektiv gegenüberzutreten, und gegegebenenfalls mit allen ihr zur Verfügung stehenden Mitteln auf eine Freisprechung des zu Unrecht in den Anklagezustand versetzten Angeklagten hinzuwirken, bzw. die Aufhebung eines ungerechtfertigten rechtskräftigen Urteils zu betreiben, dahin erweitern, sie habe jederzeit, — auch wenn ein Gegner gar nicht mehr existiert, — beim Auftauchen eines Zweifels an der Begründetheit eines Urteils den Sachverhalt zu untersuchen und, sollte sich der Fehler bestätigen, auf die Abänderung des Urteils hinzuwirken. Wollte man den Wahrheitsfanatismus im angeblichen Interesse des Staates soweit treiben, dürfte natürlich nicht bloß zugunsten des verstorbenen Verurteilten das Feststellungsverfahren eingeleitet werden, es müßte vielmehr die entsprechende Feststellung auch zuungunsten des Verstorbenen getroffen werden. Und dürfte man die Initiative zu dieser Richtigstellung allein der Staatsanwaltschaft, die für das Urteil ja gar nicht verantwortlich ist, zuweisen, müßte sie nicht auch von dem Gericht, welches das ungerechtfertigte Urteil gefällt hat, ausgehen können?! Damit wäre aber unser ganzer Strafprozeß auf den Kopf gestellt. Es ist also im Wesen unseres Strafprozesses begründet, wenn auch der Entwurf einer neuen Straf-

prozeßordnung davon Abstand genommen hat, der Staatsanwaltschaft ein Antragsrecht auf Wiederaufnahme des Verfahrens nach dem Tode des Verurteilten einzuräumen.

Anders als die Stellung der Staatsanwaltschaft im öffentlichen Verfahren ist an sich die Stellung des Privatklägers im Privatklageverfahren, doch ist das Ergebnis entsprechend wie dort. Er vertritt nur sein privates Interesse an der Verurteilung des Angeklagten. Da unserem Prozeßrecht ein Verfahren zur Feststellung von Tatsachen ohne Strafzweck unbekannt ist, erschöpft sich nach geltendem Recht sein Interesse in der Verurteilung des Angeklagten; er kann höchstens noch sein Interesse an einer höheren Bestrafung in der Rechtsmittelinstanz geltend machen. Für ihn kann weder zu Lebzeiten des rechtskräftig Verurteilten noch nach seinem Tode der Antrag zur Wiederaufnahme des Verfahrens zugunsten des Verurteilten in Frage kommen (für den Antrag zuungunsten des Verurteilten gilt entsprechend das oben bezüglich des Antragsrechts der Staatsanwaltschaft Ausgeführte).

Es könnte nun scheinen, als würden die prinzipiellen Ausführungen über die Stellung der Staatsanwaltschaft zum Wiederaufnahmeverfahren nach dem Tode des Verurteilten mit dem auf S. 23 f. geforderten Verhalten in einem durch den Tod des Verurteilten unterbrochenen Wiederaufnahmeverfahren in Widerspruch treten.

Hiezu ist folgendes zu sagen:

1. Es ist immerhin ein Unterschied, ob ein Wiederaufnahmeverfahren beim Eintritt des Todes zugunsten des Verurteilten von der Staatsanwaltschaft schon anhängig gemacht oder ob es nach dem Tode erst zu beantragen ist. Der Grund „quieta non movere" fällt weg, vielmehr gilt „la vérité est en marche". Ist eine Wunde einmal aufgedeckt, dann muß auch für ihre Heilung gesorgt werden. Der Fall hat begonnen, die Öffentlichkeit zu interessieren, vermutlich um so mehr, je seltener wegen der Garantien, mit denen das Verfahren vor Rechtskraft des Urteils umgeben ist, das Wiederaufnahmeverfahren beantragt zu werden braucht. Mit dem Moment der Beantragung des Wiederaufnahmeverfahrens zugunsten des Verurteilten ist nach außen hin zum Ausdruck gebracht worden, daß auch der Staat ein Interesse an der Beseitigung des Urteils hat.

Diese Erklärung kann nicht mehr zurückgenommen werden, und dem Interesse der Allgemeinheit wie dem des Staates ist erst mit der Durchführung des eingeleiteten Verfahrens gedient. Es muß

2. beachtet werden, daß unsere geltende Strafprozeßordnung (und ebenso der Entwurf), mag es auch prinzipwidrig sein, schon ein Wiederaufnahmeverfahren ohne Angeklagten (ein unpersönliches, objektives Verfahren) kennt, dem die Fortsetzung des von der Staatsanwaltschaft eingeleiteten Verfahrens analog angepaßt werden kann bzw. soll. Beidemale handelt es sich um Ausnahmefälle, die gewichtige Interessen der Antragsteller gemeinsam haben. Daß der Gesetzgeber unterlassen hat, eine Spezialbestimmung zu treffen, darf nicht abhalten, mittels Analogieschluß die vorhandene Lücke auszufüllen, falls, wie hier, maßgebende Gründe für die Erweiterung sprechen.

§ 10.

Beurteilung vom Standpunkt des Verurteilten und der Hinterbliebenen.

Betrachten wir nunmehr das Problem vom Standpunkt des Verurteilten und der Hinterbliebenen.

1. Zu seinen Lebzeiten hat naturgemäß in der Regel der Verurteilte selbst das größte Interesse an der Aufhebung eines ungerechtfertigten Urteils; das Gesetz erwähnt deshalb auch an erster Stelle sein Recht, sich der Rechtsmittel zu bedienen oder das Wiederaufnahmeverfahren zu beantragen. Außer bei ihm vermutet aber der Gesetzgeber noch bei anderen ihm nahestehenden Personen ein Interesse an der Beseitigung des Urteils. Daher die Aufnahme der §§ 339, 340 in die Strafprozeßordnung, welche gemäß § 405 auch auf das Wiederaufnahmeverfahren Anwendung finden.

Neben diese generelle Bestimmung tritt die Sonderbestimmung des § 401 Abs. 2, die den Kreis der zur Antragsstellung nach dem Tode des Verurteilten Berechtigten bezeichnet.

Die Vergleichung der §§ 339, 340 einerseits, des § 401 Abs. 2 anderseits, ergibt, daß sich nach der Ansicht des Gesetzgebers mit dem Tode des Verurteilten die Interessenlage verschoben hat. In den §§ 339, 340 sind es überwiegend die rechtlichen Beziehungen zwischen dem Angeklagten und den Antragsberechtigten (beim Verteidiger ausschließlich) die dazu geführt haben, nicht unmittelbar beteiligten Personen die Möglichkeit, auf den Prozeß einzuwirken, einzuräumen; in § 401 Abs. 2 dagegen liegt die Begründung in den nahen verwandtschaftlichen Beziehungen zum Verstorbenen.

Der Gesetzgeber kam zu dieser Verschiedenheit auf Grund folgender Überlegung:

Zu Lebzeiten hat jeder selbst für sich, seine Ehre und seine wirtschaftliche Stellung zu sorgen; ihm sollen nur, wie in seinen sonstigen Verhältnissen, der Verteidiger, der gesetzliche Vertreter, und der Frau der Ehemann zur Seite treten können. Soweit andere Personen, insbesondere Verwandte, an einem bestimmten Rechts- (hier insbesondere Straf-)fall ein besonderes Interesse zu haben behaupten, müssen sie sich zur Wahrung dieses Interesses der Person des unmittelbar Betroffenen bedienen. Wie sie das machen wollen, ist dem Gesetzgeber einerlei, solange sie sich nur gesetzlicher Mittel bedienen.

Man denke etwa an einen Skandalprozeß, von dem sie fürchten, es möchte ein Makel an der Familie hängen bleiben. Es bleibt den Interessenten überlassen, ob sie etwa durch Unterstützung mit Geld zur Bestellung eines Verteidigers, durch entsprechende Recherchen, durch Abschüttlung des Angeklagten u. a. m. nachteilige Folgen für sich verhüten wollen; eine unmittelbare Einmischung in das schwebende Verfahren muß sich der Staat verbitten. In diesem handelt es sich nur darum, ob dem Staat ein Strafanspruch gegen den Angeklagten zusteht oder nicht. Für Privatinteressen ist im Strafprozeß im allgemeinen kein Platz.

Die Sachlage verändert sich mit dem Tode des Verurteilten. Sein Vermögen wird zum Nachlaß, für den sich zumeist die nächsten Verwandten zu interessieren pflegen.

Die Ehre, ein Rechtsgut, dessen Träger nur der Lebende sein kann, verwandelt sich in „das Andenken des Verstorbenen", das vornehmlich bei den nächsten Angehörigen fortzuleben pflegt. Die Ehre des einzelnen — ihres Beschützers beraubt — wird verstärkt in ihrem Zusammenhang mit der Familienehre empfunden. Um diesen unter einer ungerechtfertigten Verurteilung empfindlich leidenden Interessen Schutz angedeihen zu lassen, hat der Gesetzgeber die Bestimmung des § 401 Abs. 2 geschaffen.

Selbstverständlich war es nicht das vermutliche Interesse der Hinterbliebenen am Nachlaß, der vielleicht durch die Beitreibung einer Geldstrafe, der Prozeßkosten, einer Buße usw. eine empfindliche Einbuße erlitten hat, was den Gesetzgeber zur Erteilung des Antragsrechts im Umfang der §§ 401 Abs. 2 und 411 veranlaßt hat, sondern in erster Linie die Rücksichtnahme auf das ideale, das Pietätsinteresse der Hinterbliebenen. Die Gefährdung des Nachlasses durch ein ungerechtfertigtes Urteil pflegt im Vergleich mit der Gefährdung des guten Rufes und Andenkens des Verstorbenen minimal

zu sein, wenigstens gilt dies fast ausnahmslos für die Strafbestimmungen des Strafgesetzbuches. Daß der vielleicht mit beeinträchtigten materiellen Interessen nur nebenbei gedacht werden sollte, ergibt sich auch schon aus der Art der Begrenzung der Antragsberechtigten in § 401 Abs. 2. Das Antragsrecht ist nicht den Erben als solchen eingeräumt, sondern bestimmten Angehörigen ohne Rücksicht darauf, ob sie zugleich Erben sind. Wenn überhaupt, werden immer nur die Vermögensinteressen einzelner aus dem Kreise gleichzeitig berührt werden.

Der Grundgedanke des § 401 Abs. 2 StPO. ist identisch mit dem des § 189 StGB.; bei der zweiten Bestimmung liegt das ideale Moment ja offen zutage. Nur den materiellen Interessen sollte dagegen in dem Gesetz vom 20. Mai 1898 Rechnung getragen werden. — Von hier aus ist es einleuchtend, weshalb das Antragsrecht nur auf die Freisprechung des Verstorbenen gerichtet werden kann. Nur wenn der Verstorbene vollständig intakt dasteht, ist seinem Andenken und der Familienehre gedient, während eine Verschiebung des Grundes der Verurteilung belanglos erscheinen muß, noch weit mehr natürlich eine bloße Änderung der Strafe innerhalb des durch dasselbe Gesetz bestimmten Strafmaßes. Selbst wenn man aber in vereinzelten Fällen ein Interesse der Verwandten an einer anderen — dem Verstorbenen günstigeren — Qualifizierung der Tat anerkennen wollte, dürfte dies doch unbedingt nicht dazu führen, den Interessenten ein Mittel zur bloßen Abänderung des rechtskräftigen Urteils in die Hand zu geben. Kann es schon bedenklich erscheinen, die Aufhebung eines Urteils mittels Freisprechung nach dem Tode des Verurteilten und ohne Hauptverhandlung zu gestatten, so wäre es ganz abwegig, wollte man auch die Möglichkeit einer Verurteilung — selbst einer günstigeren und in Betracht des Todes des Angeklagten nur fiktiven — gestatten.

Der Strafprozeß würde zur bloßen Spielerei ausarten. Es ist deshalb auch noch von keiner Seite eine Ausdehnung des Antragsrechts der Verwandten in dieser Richtung in Anregung gebracht worden.

2. Prüfen wir das Interesse der Antragsberechtigten i. S. des § 401 Abs. 2 nach Inhalt und Schutzbedürftigkeit noch eingehender, so ist zunächst bezüglich des Inhalts festzustellen, daß es nicht so sehr auf die Beseitigung des Urteilsspruchs als solchen als vielmehr auf die Beseitigung der im Urteil getroffenen, die Entscheidung begründenden, tatsächlichen Feststellungen gerichtet ist.

Es ist gewiß unangenehm und der Ehre des Lebenden oder dem Andenken des Verstorbenen einträglich, wenn von ihm gesagt werden kann, er sei wegen Mords oder Urkundenfälschung usf. zu der Strafe verurteilt worden.

Mit der Erreichung der Freisprechung ist zweifellos sehr viel gewonnen, der Urteilstenor für sich ist aber doch nur die Schale; der Kern, die Quelle des Ehrenrührigen, ist in den Entscheidungsgründen, in den in der Hauptverhandlung gewonnenen Feststellungen zu suchen.

Das verurteilende Erkenntnis erschöpft seine Bedeutung als die Grundlage der Strafvollstreckung; seinen „Strafurteilswert" (Beling) hat es ja aber mit dem Tode des Verurteilten so gut wie vollständig verloren; unerschüttert sind dagegen auch jetzt noch die Urteilsfundamente. Wäre dem Interesse der Hinterbliebenen schon mit der Entwertung des Erkenntnisses gedient, dann müßten auch sie sich mit der Tatsache der Unvollstreckbarkeit wegen des Todes begnügen, der Anspruch auf ein besonderes Wiederaufnahmeverfahren könnte nicht hinreichend begründet werden. Der Gesetzgeber hat aber nicht verkannt, daß, wie beim Wiederaufnahmeverfahren zu Lebzeiten des Verurteilten, so auch im Verfahren nach dessen Tode, der Hauptangriff sich gegen die „Feststellungen" richtet; für ihn konnte nur noch in Frage kommen, ob auch dem Interesse der Hinterbliebenen an der Beseitigung dieser Feststellungen überhaupt ein besonderer Schutz gewährt werden soll und, bejahendenfalls, durch welche Mittel dem Bedürfnis am besten und einfachsten Rechnung getragen wird. Nachdem in § 189 StGB. das Pietätsinteresse der Hinterbliebenen als ein durch Strafdrohung zu schützendes Rechtsgut anerkannt worden war, konnte die Entscheidung zugunsten des ganz gleichgearteten Interesses an der Beseitigung einer ungerechtfertigten Verurteilung eines Verstorbenen nicht zweifelhaft sein. Ohne die Möglichkeit der Beseitigung eines ungerechtfertigten verurteilenden Erkenntnisses wäre der § 189 StGB. ganz bedeutend entwertet. Die meisten Gerüchte über einen Verstorbenen schwirren durch die Luft, wenn er kurz vor seinem Tod als Angeklagter die Öffentlichkeit beschäftigt hat.

Wie sollen aber die Hinterbliebenen gegen diese Gerüchte aufkommen, wenn sie nicht das für den Verstorbenen ungünstige ungerechtfertigte Strafurteil, dem die unwahren Ausstreuungen mit einem Schein des Rechts entnommen werden, beseitigen können?

Der Schutz des § 189 StGB. versagt, wenn die Verunglimp-

fung des Verstorbenen nicht „wider besseres Wissen" erfolgt; es würde den Hinterbliebenen nur in seltenen Fällen gelingen, in einem Privatklageverfahren auf Grund des § 189 StGB. die Unschuld des Verstorbenen, die Unhaltbarkeit des gegen ihn vorliegenden rechtskräftigen Urteils darzutun (geschweige denn, daß die verfolgte Behauptung wider besseres Wissen erfolgt ist); zur Führung dieses Beweises ist das Privatklageverfahren nicht der geeignete Platz. Es muß aber auch ohne besonderen (aufgezwungenen) Anlaß den Hinterbliebenen möglich sein, den Makel der ungerechtfertigten Verurteilung vom Verstorbenen und der Familie abzuschütteln. Der Makel wird nicht bloß empfunden, wenn er zu Angriffen verwendet wird, so wenig die „Ehre" nur dann als ein Rechtsgut empfunden wird, wenn sie vom Beleidiger verletzt wird. Das Schutzbedürfnis ist also zweifellos vorhanden.

Daß der Schutz des § 189 StGB. nicht ausreicht, haben wir soeben gesehen; die Umschau nach einem anderen entsprechenden Schutzmittel fällt negativ aus. Es könnte allein in Frage kommen, ob nicht mittels einer zivilprozessualen Feststellungsklage der Zweck erreicht werden könnte. Ein Blick in die Zivilprozeßordnung belehrt uns aber, daß von einer Verwertung des § 256 für das Interesse der Hinterbliebenen keine Rede sein kann. Gerade das, worauf es nach dem Ausgeführten allein oder ganz überwiegend ankommt, die autoritative Bestätigung der Unrichtigkeit der im Strafverfahren getroffenen Feststellungen, kann nicht Gegenstand einer zivilprozessualen Feststellungsklage sein.

Um Tatsachen, nicht um Rechte wird gestritten; niemals könnte in einem Zivilprozeß Recht oder Nichtrecht des Strafanspruchs des Staates zur Feststellung gebracht werden.

Wir kommen also zu dem Ergebnis:

Sollte dem erkannten Bedürfnis ein hinreichender Schutz gewährleistet werden, so müßte der Gesetzgeber darauf bedacht sein, ein weiteres Schutzmittel zur Verfügung zu stellen.

Die Folge dieser Erwägung sind die §§ 401 und 411 StPO. gewesen.[1]) Sie ermöglichen den Hinterbliebenen auf eine einfache

[1]) Ein Grund für die Trennung der auf das Wiederaufnahmeverfahren nach dem Tode des Verurteilten bezüglichen Bestimmungen ist nicht einzusehen. Die Verbindung wäre zweifellos schon deshalb zweckmäßiger gewesen, weil hinsichtlich der Zulässigkeit der Wiederaufnahme als hinsichtlich des Verfahrens besondere, von den allgemeinen Vorschriften abweichende Normen gelten, s. Löwe zu § 411. Der Ent-

Weise, ohne besondere Vorbedingungen, insbesondere ohne den Beweis oder die Glaubhaftmachung eines besonderen Interesses, den gewünschten Erfolg herbeizuführen: durch die Aufnahme der erforderlichen Beweise wird ihr Feststellungsinteresse berücksichtigt, durch die Aufhebung des früheren Urteils und die auf Antrag erfolgende Bekanntmachung der Aufhebung im Deutschen Reichsanzeiger, und nach dem Ermessen des Gerichts auch in andern Blättern, wird eine Art Attest ausgestellt, das den unverschuldeten Makel vor der Öffentlichkeit beseitigen soll.

Aufhebung und Bekanntmachung werden stets auch für den Schutz des § 189 StGB. von Bedeutung sein.

Der den Hinterbliebenen eröffnete Weg zum Schutz ihres Pietätsinteresses hat den Vorzug der Einfachheit für sich. Ohne alle Weitschweifigkeit, vor allem ohne den umständlichen Apparat einer Hauptverhandlung soll der Wiederaufnahmeantrag geprüft, der nötige Beweis aufgenommen und von dem Gericht in der Sache selbst erkannt werden. Das Gesetz scheut sogar davor nicht zurück, ein sonst unerhörter Fall, dem zuständigen Gericht nach ziemlich formlosen Verfahren das Recht zur Aufhebung des angefochtenen rechtskräftigen Urteils zu geben, es muß sich also nicht damit begnügen, die nachweisbaren Unrichtigkeiten in einfachem Beschluß ohne verfügenden Tenor festzustellen.

3. Nachdem nunmehr festgestellt ist, daß im geltenden Recht dem Interesse der Hinterbliebenen in weitgehendem Maße Beachtung geschenkt wird, ist die Frage aufzuwerfen, ob der vom Gesetzgeber eingeschlagene Weg der richtige, ob er vielleicht der einzig mögliche ist, oder ob zur Erreichung des erstrebten Ziels nicht andere, bessere Mittel und Wege hätten zur Verfügung gestellt werden sollen.

Das Wiederaufnahmeverfahren will ein reguläres Strafverfahren sein. Dies wird beim Verfahren zu Lebzeiten des Verurteilten ohne weiteres klar, wenn man sich vergegenwärtigt, daß der Entscheidung über den Wiederaufnahmeantrag ein förmliches Vorverfahren und die Erneuerung der Hauptverhandlung, d. h. die völlige Wiederholung der Instanz, vorauszugehen hat.

An dem strafprozessualen Charakter des Wiederaufnahmeverfahrens soll durch die Sonderbestimmungen über das Verfahren nach dem Tode des Verurteilten nichts geändert werden. Dies er-

wurf faßt die bezüglichen Bestimmungen in einem Paragraphen zusammen, § 363.

gibt sich nicht allein aus der Aufnahme auch dieses Verfahrens in die Strafprozeßordnung und der Einfügung in das vierte Buch, dessen Hauptinhalt, soweit nichts anderes bestimmt oder infolge der Besonderheiten unmöglich, volle Anwendung findet, sondern ganz besonders aus dem Inhalt der Entscheidung: das Gericht hat „die Freisprechung zu erkennen". Die Folge ist, daß man in der Wiederaufnahme nach dem Tode einen Strafprozeß ohne Angeklagten erhält, dazu einen Strafprozeß, in dem es sich in Wirklichkeit nicht mehr um die Folgen einer angeblichen Straftat handelt (bei Mißlingen des angetretenen Beweises wird der Antrag auf Wiederaufnahme *abgelehnt*, also nicht mehr in der Sache entschieden), sondern um die Feststellung, daß der Verstorbene nicht strafällig gewesen sei. Das heißt aber dem Strafprozeß eine Aufgabe zuweisen, zu deren Lösung er seinem ganzen Wesen nach nicht geeignet zu sein scheint.

Der Strafprozeß ist, wie wiederholt erwähnt, kein Feststellungsprozeß,[2]) er deckt aber tatsächlich in der Wiederaufnahme nach dem Tode nichts anderes als ein reines Feststellungsverfahren: Mittel und Zweck fallen auseinander.

Der Strafprozeß setzt einen Angeklagten voraus;[3]) zur Not kann die Hauptverhandlung in Wegfall kommen. Anderseits hat ein Wiederaufnahmeverfahren, d. h. die, wenn auch nur teilweise, Wiederholung des Prozesses mit der Tendenz der Beseitigung eines ungerechtfertigten Urteils nur dann einen Sinn, wenn dem angefochtenen Erkenntnis noch ein Strafurteilswert innewohnt. Da dieser mit dem Tode des Verurteilten in Wegfall kommt, sollte man meinen, daß mit diesem Ereignis auch „die Wiederaufnahme des Verfahrens" im technischen Sinn als prozessuale Form zur Wahrung irgendwelcher Interessen versagt sein müsse. Es sind *praktische* Gesichtspunkte gewesen, die den Gesetzgeber bestimmt haben, ein Wiederaufnahmeverfahren nach dem Tode zuzulassen. Mag dieses Verfahren auch ein (straf-)prozessuales Unding sein, — der Gesetzgeber ist in der Schaffung von Rechtsbehelfen souverän und für ihn muß letzten Endes nicht die Form, sondern die praktische Verwertbarkeit entscheidend sein —, es ist mit ihm wenigstens eine einfache Form gewonnen, um die Hinterbliebenen zu Wort kommen

[2]) Gemäß § 259 kann das Urteil nur auf Freisprechung, Verurteilung oder Einstellung des Verfahrens lauten.

[3]) Der Vertreter der Anklage fehlt nicht vollständig, er hat die gleiche Stellung wie im Vorverfahren.

zu lassen; und vermag es auch inhaltlich nicht vollständig zu befriedigen — es gibt einerseits zu viel, anderseits zu wenig, man möchte gerne die Freisprechung eintauschen gegen die autoritative Feststellung der rufgefährdenden Tatsachen —, es enthält doch sehr viel Zweckmäßiges:

Es ist zweifellos zweckmäßig, daß die erheblichen Feststellungen und Entscheidungen gewissermaßen in Fortsetzung des vorausgegangenen Strafverfahrens getroffen werden; daß der Antrag dem gleichen Gericht, welches das angefochtene Urteil erlassen hat, zur Prüfung unterbreitet wird, wodurch mit ziemlicher Sicherheit die Beschleunigung des Verfahrens und die Beachtung sämtlicher wesentlichen Gesichtspunkte erreicht wird; daß die Staatsanwaltschaft[4]) nur in einer Nebenrolle mitzuwirken hat; dies alles ist zweckmäßig, weil es dazu beiträgt, das Pietätsinteresse der Hinterbliebenen ohne störende Umständlichkeiten zu befriedigen. Man wird deshalb keinen Anstand nehmen dürfen, für die Beibehaltung dieser Verfahrensart zu plädieren, solange ein anderes, mindestens ebenso zweckmäßiges Verfahren nicht zur Verfügung steht.

Die Verfasser des Entwurfs scheinen ein Bedürfnis oder eine Möglichkeit der Abänderung nicht anzuerkennen, sie wollen die geltenden Bestimmungen nicht nur beibehalten, sondern noch erweitern durch Ausdehnung auf analoge Fälle.

III. Neue Wege.

§ 11.

Der „Informativprozeß".

1. Es ist der relativen Zweckmäßigkeit des bisherigen Verfahrens und der Seltenheit der Wiederaufnahme nach dem Tode zuzuschreiben, daß bis jetzt in der Literatur nur vereinzelt, im Anschluß an die Kritik oder im Zusammenhang mit ähnlichen Bedürfnissen, positive Vorschläge für eine Neugestaltung bzw. einen Ersatz des Wiederaufnahmeverfahrens nach dem Tode des Verurteilten und für eine Erweiterung des Schutzes der Hinterbliebenen gemacht worden sind.

Zu erwähnen sind besonders Beling, „Informativprozesse. Anregungen zu einer Ergänzung der Prozeßgesetzgebung in der Festschrift für die juristische Fakultät in Gießen", und Liepmann in

[4]) Bzw. der Privat- oder Nebenkläger.

Bd. IV der Vergleich. Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts S. 367, 372.

Der Ausgangspunkt bei Beling ist ein doppelter: Er weist im ersten Abschnitt der Abhandlung (Überschrift: „Tatsachenfeststellung im Dienste privater Interessen") zunächst darauf hin, daß eine große Zahl schutzwürdiger Interessen entweder noch nicht den angemessenen oder überhaupt keinen Schutz genieße. Wenn z. B. jemand ein Interesse an der autoritativen Feststellung der Unwahrheit bestimmter, an sich strafbarer, Behauptungen habe, so sei ihm häufig nur darum zu tun, daß diese Feststellung erfolge, während er vielleicht überhaupt kein oder nur ein geringes Interesse an der Bestrafung dessen, von dem die Äußerung ausging, wegen Beleidigung, übler Nachrede, aus § 189 StGB. u. dgl. mehr habe. Nach geltendem Recht sei er aber gezwungen, entweder ein Privatklageverfahren (in manchen Fällen auch ein öffentliches Strafverfahren) anhängig zu machen oder sogar ein Strafverfahren gegen sich selbst zu provozieren, um dann vielleicht auf Umwegen seinen Zweck, die Feststellung der Unrichtigkeit der lästigen Gerüchte, zu erreichen. Eine Garantie für die Feststellung sei aber auch dann noch nicht gegeben. Dies sei ein Mangel, der umso unangenehmer empfunden werde, je feinfühliger der Betroffene sei, je mehr ihm an der Integrität seines eigenen Rufs und des Rufs seiner Familie gelegen sei. Es gebe aber außerdem Fälle genug, in denen der Notbehelf eines Strafverfahrens schon deshalb nicht weiterhelfe, weil der Tatbestand einer strafbaren Handlung nicht nachweisbar sei, oder weil der Gegner nicht zur Verantwortung gezogen werden könne (z. B. ein Abgeordneter, wegen der in Ausübung seines Berufs getanen Äußerung, exemte Personen), oder weil er wegen eines Strafausschließungsgrundes, mangelnden Vorsatzes, Wahrung berechtigter Interessen, freigesprochen werden müsse. In derartigen Fällen sei das schutzbedürftige Interesse ganz schutzlos, weil auch die zivilprozessuale (negative) Feststellungsklage (§ 256 ZPO.) versage. Ungenügend, weil nur bestimmten Kreisen zugänglich und nicht für die Öffentlichkeit bestimmt, sei die in gewissen Fällen mögliche Veranlassung eines ehren- oder disziplinargerichtlichen Verfahrens, ob nun der Antrag auf Einleitung des Verfahrens gegen den Antragsteller selbst oder gegen den Ehrabschneider gerichtet sei.

Aus dem unbefriedigenden Ergebnis, das in gleicher Weise für eine stattliche Zahl anderer Interessen konstatiert wird, wird dann die Forderung nach einem neuen Rechtsanspruch abgeleitet,

für dessen Geltendmachung die dem Bedürfnis entsprechende Prozeßform gefunden werden müsse.

Wenn nicht zu umgehen, dürfe auch nicht davor zurückgescheut werden, neben dem Zivil- und dem Strafprozeß eine neue Prozeßgattung ins Leben zu rufen. Ausschließlicher Zweck dieses neuen Prozesses, für welchen Beling die charakteristische Bezeichnung „Informativprozeß" in Vorschlag bringt, müßte sein, die Verhandlung und Entscheidung über die vom Kläger beantragte, ihn persönlich interessierende, Feststellung einer Tatsache.

Der ausführlichen Skizzierung des Prozesses (Voraussetzungen der Klage, Frage der Parteidisposition über den Streitstoff, Verhandlungs- oder Untersuchungsmaxime, zuständiges Gericht u. a. m.) ist § 7 der Abhandlung gewidmet.

In diesem Paragraphen plädiert Beling u. a. auch für die Streichung der Wiederaufnahme post mortem zugunsten des „Informativprozesses", da sie bei richtiger Inproportionssetzung von Zweck und Mittel vollständig in den Bereich des Informativprozesses falle.

Zu dem gleichen Resultat wie Beling kommt auch Liepmann, soweit er sich mit dem Problem befaßt. Ihn beschäftigen nur die Angriffe auf die Ehre, zu deren Zurückweisung er neben den Strafbestimmungen wegen Beleidigung inkl. der rufgefährdenden Angriffe gegen Tote eine kriminelle Feststellungsklage nach Analogie des § 256 ZPO. fordert.

Es ist nicht zu verkennen, daß hier nicht nur nebensächliche Interessen auf dem Spiele stehen, sondern daß es sich oft genug um Lebensfragen handelt.

Wir haben uns im Zusammenhang dieser Abhandlung nur mit der Frage zu beschäftigen, ob auch für die nach dem Tode eines ungerechterweise Verurteilten auftauchenden schutzbedürftigen Interessen ein neuer Rechtsbehelf wünschenswert ist.

Die Frage wurde im Vorausgehenden insofern schon in bejahendem Sinne beantwortet, als wir eine Disharmonie von Mittel und Zweck in der Wiederaufnahme nach dem Tode (von den formalen Mängeln abgesehen) konstatieren mußten. Wir haben uns jetzt darüber schlüssig zu werden, wie der neue Rechtsbehelf etwa beschaffen sein müßte, ob er vielleicht in dem „Informativprozesse" gefunden werden kann.

Rekapitulieren wir uns noch einmal kurz das Ergebnis einer erfolgreichen Wiederaufnahme des Verfahrens nach dem Tode des Verurteilten: Die Hinterbliebenen erreichen die Aufhebung des ver-

urteilenden Erkenntnisses, die Freisprechung des Verstorbenen, sie erreichen auch die Aufnahme der gegen die Anklage zu verwendenden Beweise, sie erreichen aber nicht, daß im Urteilstenor von autoritativer Seite die Unrichtigkeit der früher getroffenen Feststellungen ausgesprochen wird. Für das geltende Verfahren ist die Aufnahme der Beweise, die dem Verstorbenen günstige Feststellung, nur Mittel zum Zweck (nämlich der Freisprechung), während doch das Interesse der Hinterbliebenen gerade in den neuen Feststellungen gipfelt.

Nimmt man nun dazu, daß das Wiederaufnahmeverfahren nach dem Tode des Verurteilten sowieso schon aus dem Rahmen des Strafprozesses herausfällt, so wird man einräumen müssen, daß die Forderung eines neuen Verfahrens und zwar eines reinen Feststellungsverfahrens sehr viel für sich hat und eine eingehende Prüfung auf ihre gesetzliche Verwertbarkeit nötig erscheinen läßt.

2. Man kann dieses Feststellungsverfahren zugunsten der Hinterbliebenen nicht besser begründen als mit den Worten Liepmanns die er l. c. dem Pietätsinteresse der Hinterbliebenen im allgemeinen widmet:

„Die Menschen beurteilen den Wert eines anderen nicht bloß nach dessen eigenen Leistungen und Gesinnungen, sondern auch nach dem Wert des Bodens, dem er entstammt, den nächsten Verwandten ebenso wie dem Ehegatten und deren Ruf. Und zwar ist es hauptsächlich der Gedanke einer Infektion der Angehörigen durch sittliche Fäulnis und Mangel in ihrer nächsten Umgebung, der im sozialen Leben eine ebenso reale wie brutale Bedeutung gewonnen hat. Die Hinterbliebenen haben an der Abwehr solcher Handlungen noch ein anderes Interesse als die Rücksicht auf die eigene Ehre.

Das Urteil über den Wert eines Menschen erlischt nicht mit seinem Tod, es behält noch eine geraume Zeit und oft in einem großen Kreis seine lebendige Frische. In diesem Sinne kann also auch der Ruf eines Toten gefährdet werden."

Die Rücksicht auf die eigene Ehre und den Ruf des Verstorbenen gehen bei den Hinterbliebenen Hand in Hand. Es muß nur festgehalten werden, daß beide schon gefährdet sein können, ehe es zu Angriffen von irgendeiner Seite, zu einer positiven Ehrenkränkung oder Verletzung des Pietätsinteresses gekommen zu sein braucht und um die Gefährdung, wie sie in den Feststellungen des Gerichts gegeben ist, handelt es sich für die Hinterbliebenen

im Wiederaufnahmeverfahren nach dem Tode des Verurteilten, sie muß genügen, um gegen sie eine autoritative negative Feststellung beantragen zu können. Man muß das Übel im Keime ersticken können, um weitere unübersehbare Schäden zu verhüten.

3. Wir suchen einen Ersatz für die Wiederaufnahme des Verfahrens, d. h. für einen „außerordentlichen" Rechtsbehelf. Wir werden uns von vorneherein, ehe wir uns auf eine genauere Darstellung der Voraussetzungen und des Verfahrens des „Informativprozesses" einlassen, darüber klar werden müssen, daß der Charakter des „außerordentlichen Rechtsbehelfs" unter allen Umständen beibehalten werden muß.

Die Aufgabe des Gesetzgebers ist, einen Ausgleich zu finden zwischen zwei widerstreitenden Interessen. Auf der einen Seite steht das Interesse des Staates daran, daß die Anfechtbarkeit der gerichtlichen Entscheidungen keine grenzenlose sei, soll nicht das Rechtsleben des Staates schweren Schaden leiden; auf der andern Seite machen die Hinterbliebenen des Verurteilten gebieterisch ihre Interessen an der Reinhaltung des Rufs der Familie und des Andenkens des Verstorbenen geltend. Der Staat beansprucht einerseits für sich nicht mehr, aber auch nicht weniger, als volle Bewegungsfreiheit seiner Organe zur Erforschung der materiellen Wahrheit. Er anerkennt anderseits, daß auch beim bestgefaßten Strafgesetz und in einem Verfahren, das alle Garantien für eine umfassende und rein objektive Behandlung einer Strafsache bietet, Irrtümer möglich sind; er eröffnet deshalb die Möglichkeit der Prüfung derselben Strafsachen in zwei oder drei Instanzen (bei den dem Reichsgericht zur Aburteilung überwiesenen Straffällen bürgt die Qualität und Zahl der Richter für die Güte der Entscheidung), er verlangt aber mit Recht, daß, wenn eine Sache alle Instanzen durchlaufen hat oder von den zulässigen Rechtsmitteln kein Gebrauch gemacht ist, das Urteil als reif zur Vollstreckung zu betrachten ist. Ist ein Verfahren soweit gediehen, muß es für die Regel weiterer Anfechtbarkeit entzogen sein, soll nicht unsere Rechtsprechung schwerer Gefährdung ausgesetzt werden. Curia locuta, causa finita. Schutz unserer Rechtspflegeorgane vor aller Schikane muß besonders nach Eintritt der Rechtskraft eines Urteils die Parole sein. Es genügt vollkommen, wenn das rechtskräftige Urteil nicht notwendig unanfechtbar ist.[1])

[1]) Birkmeyer, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft S. 130. 2. f.

Die Zulässigkeit der außerordentlichen Anfechtbarkeit kann dann nur in fundamentalen Mängeln des Verfahrens oder der Wahrheitserforschung gefunden werden. Sind solche Mängel nachweisbar, tritt das öffentliche Interesse an der „Rechtskraft der Entscheidung", d. h. an ihrer Unabänderlichkeit, hinter dem des Verurteilten oder seiner Hinterbliebenen zurück.

Der Ausgleich zwischen dem besprochenen Interesse des Staates an der Verhinderung unleidlicher Gefährdung der Rechtsprechung und dem Interesse des lebenden Verurteilten an der Beseitigung eines ungerechtfertigten rechtskräftigen Urteils hat im Wiederaufnahmeverfahren eine Form gefunden, die sich im allgemeinen bewährt hat.

Der lebende Verurteilte findet seine Befriedigung in der Freisprechung, die mit der ausdrücklichen Aufhebung des ungerechtfertigten Urteils zu verbinden ist.

Einer besonderen Handhabe zur Beseitigung der das Urteil begründenden falschen Feststellungen bedarf es zunächst nicht; diese werden mit der Aufhebung des Urteils von selbst hinfällig. Durch die öffentliche Hauptverhandlung und die übliche Berichterstattung in der Presse ist dafür gesorgt, daß er auch vor der Öffentlichkeit von dem auf ihm lastenden Verdacht befreit wird. Sollte sich trotzdem jemand getrauen, das aufgehobene Urteil zu Angriffen auf seine Ehre zu verwenden, kann er mittels öffentlicher oder Privatklage dem Ehrabschneider den Mund schließen.

Die von Liepmann l. c.; Lilienthal „Üble Nachrede und Verleumdung" in Bd. IV. der vergleichenden Darstellung des in- und ausländischen Strafrechts; Beling l. c.; Kronecker in Bd. II. der Reform des Reichsstrafgesetzes krit. Bespr. des Vorentwurfs zu einem Strafgesetzbuch für das Reich; Binding, Gerichtssaal Bd. 76 S. 84—86; Seibt, deutsche Jur.-Zeitung, Bd. 15 S. 1069 u. a. vorgeschlagenen Änderungen bzw. Ergänzungen der Strafklage wegen Beleidigung usf. in Hinsicht auf ein vor dem Strafrichter stattfindendes Feststellungsverfahren, kann hier nur erwähnt werden.

Wenn der Entwurf für die neue Strafprozeßordnung die geltenden Bestimmungen nicht unwesentlich umgestalten will, so hat dies seinen Grund nicht in prinzipiellen Mängeln des Verfahrens, sondern in der dem ganzen Gesetz anhaftenden mangelhaften Fassung und in gewissen Unzuträglichkeiten, die in der Praxis zutage getreten sind.

Auch im Entwurf behält das Wiederaufnahmeverfahren seinen Charakter als außerordentlicher Rechtsbehelf, die vorgeschlagenen Neuerungen wollen in der Hauptsache nur der Verbesserung, nicht einer fundamentalen Umwälzung, dienen. In gleicher Weise beschränkt sich der Entwurf beim Wiederaufnahmeverfahren nach dem Tode des Verurteilten auf redaktionelle Änderungen. Soll dieses Verfahren nun durch eine besondere Feststellungsklage der Hinterbliebenen, wie sie von Beling l. c. empfohlen wird,[2]) ersetzt werden, so muß sie doch, soweit möglich, dem Wiederaufnahmeverfahren angepaßt werden. Auch sie darf nur für außerordentliche Notfälle zur Verfügung stehen.

Das neue Verfahren soll den Hinterbliebenen nicht mehr Rechte einräumen als bisher, sondern nur eine bessere Form für ihre Geltendmachung. Damit ist schon gesagt, daß die Anpassung in den Voraussetzungen der Klage zu vollziehen ist, das weitere Verfahren hat naturgemäß seine eigenen Wege zu gehen. Die folgenden Ausführungen haben sich demnach zunächst mit den Voraussetzungen der Klage zu beschäftigen, an die sich eine Skizzierung des Verfahrens anzuschließen hat.

4. a) Die Voraussetzungen der Klage.

Negativ ist vorweg prinzipiell zu erklären:

Es darf der Beweis eines besonderen Feststellungsinteresses der Hinterbliebenen nicht gefordert werden. Es muß genügen, daß das Verfahren sich gegen gemeiniglich rufgefährdende Feststellungen[1]) wendet. Die notwendige Einschränkung zur Verhütung von Mißbrauch muß auf andere Weise gefunden werden. In dieser Hinsicht kommt in erster Linie die Begrenzung der Antragsberechtigten in Betracht.

Entscheidend muß sein, ob ein wirkliches Pietätsgefühl für den Verstorbenen präsumiert werden kann; in der Regel wird diese Präsumtion bei den nächsten Verwandten (Ehegatten, Eltern, Kindern, Geschwistern) zutreffen.[2]) Die bisherige Bestimmung dürfte

[2]) Es kann sich im folgenden nicht um eine Auseinandersetzung mit Beling über Einzelheiten des Informativprozesses handeln. Beling gibt nur eine allgemein gehaltene Skizze, in der er beiläufig die Wiederaufnahme des Verfahrens erwähnt, ohne sich auf ihn weiter einzulassen.

[1]) Objektiver Maßstab.

[2]) Ebenso, Liepmann l. c.

den richtigen Maßstab getroffen haben, sie könnte also beibehalten werden.

Verfehlt wäre es, das Klagerecht unterschiedslos jedem Erben zu geben; wenn auch nicht befürchtet werden muß, daß das Antragsrecht zu direkt zu verpönenden, etwa Rachezwecken, verwendet würde (wie bei der ähnlichen Feststellungsklage aus § 189 StGB.), so kann doch wohl angenommen werden, daß für weitere Kreise kaum je überhaupt ein Interesse an der vorgeschlagenen Feststellung besteht.

Es muß ferner mit allem Nachdruck betont werden, daß das Klagerecht der Hinterbliebenen ausschließlich in dem Recht des Verstorbenen auf die Beantragung des Wiederaufnahmeverfahrens wurzelt. Kann es aus irgendeinem gesetzlichen Grunde zu Lebzeiten des Verurteilten nicht zur Einleitung des Wiederaufnahmeverfahrens kommen, muß auch den Hinterbliebenen das Recht auf die Feststellungsklage abgehen.

Es soll damit dem Grundsatz Ausdruck gegeben werden, daß den Hinterbliebenen nicht mehr Rechte eingeräumt werden dürfen, als dem Verstorbenen selbst zugestanden haben. Ihr Klagerecht ist zwar insofern ein selbständiges, als es nicht von bestimmten Maßnahmen des Verstorbenen zur Beseitigung des ungerechtfertigten Urteils abhängig ist, es ist aber durch sein Verhalten vor und im Strafprozeß bedingt.

Der Einfluß des Verhaltens des Verurteilten, insbesondere etwaiger Unterlassungen, auf das Urteil und darüber hinaus, auf das Wiederaufnahmeverfahren wird im geltenden Gesetz und im Entwurf verschieden bewertet.

Während in § 399 unterschieden wird, ob die strafbare Amtspflichtverletzung vom Verurteilten selbst veranlaßt worden ist oder nicht und in Z. 5 Satz 2 für die vom Schöffengericht verhandelten Sachen die Beibringung neuer Tatsachen oder Beweismittel im Wiederaufnahmeverfahren davon abhängig gemacht wird, daß sie nicht schon in dem früheren Verfahren einschließlich der Berufungsinstanz dem Verurteilten bekannt waren oder daß sie ohne sein Verschulden nicht geltend gemacht werden konnten, will der Entwurf jeden Unterschied beseitigen. Die künftige Fassung dieser Bestimmungen ist für unsere Frage von nebensächlicher Bedeutung (es dürfte wohl außer Zweifel sein, daß erst der Entwurf dem Gebot der Erforschung der materiellen Wahrheit gerecht wird), für uns kommt es nur auf die Betonung der grundsätzlichen Voraussetzung

der Feststellungsklage an, daß nämlich das Recht der Hinterbliebenen nicht umfangreicher sein kann, als das des Verstorbenen.

Eine weitere Voraussetzung der Klage auf autoritative Feststellung der Unrichtigkeit bestimmter Tatsachen muß sein, daß diese Tatsache eine maßgebliche Verwertung im Urteil gegen den Verstorbenen gefunden haben.

Die mißliebigen Feststellungen müssen einen Einfluß auf die Entscheidung gehabt haben. Damit wird einerseits erreicht, daß keine Klage aus Laune, ohne kontrollierbares Interesse erhoben werden kann.

Ist eine rufgefährdende Tatsache zur Begründung eines ungerechtfertigten Urteils verwendet worden, ist unwiderlegbar stets ein Interesse an ihrer autoritativen Verneinung vorhanden. Wenigstens darf sich der Gesetzgeber auf diesen Standpunkt stellen, wenn er den Kreis der Klageberechtigten in den bisherigen Grenzen hält. Es wird anderseits verhütet, daß eine dem Rufe des Verstorbenen nachteilige Tatsache, die nur gelegentlich während der Hauptverhandlung zur Sprache kam, ohne auf die Entscheidung Einfluß zu gewinnen, zur negativen Feststellung gebracht werden kann. Es geht natürlich nicht an, jede unvorsichtige Bemerkung eines Zeugen oder Sachverständigen, ev. auch des Staatsanwalts, ohne Rücksicht auf ihren Eindruck auf die Richter und ihre Nachwirkung im Urteil bloß wegen ihres unangenehmen Beigeschmacks für den Verurteilenden zum Inhalt einer Klage zu machen. Die unbedingt notwendige Grenze ist der Nachweis des Einflusses der kritischen Tatsache auf die Entscheidungsgründe des ungünstigen Urteils. Fühlt sich der Hinterbliebene durch die Äußerung des Zeugen usw. in seiner eigenen Ehre oder in seinem Pietätsgefühl verletzt, mag er gegen die betreffende Person Privatklage führen; ist dieser Schutz heute noch nicht ausreichend, wird er vielleicht demnächst die erwünschte Ausdehnung erfahren.[3])

Mit der das Wiederaufnahmeverfahren ersetzenden Feststellungsklage würde dieses ausschließliche Privatinteresse so wenig verfolgt werden dürfen, wie mit dem Antrag auf die Wiederaufnahme. Es wird aber ferner auch daran festzuhalten sein, daß mit Wegfall der festzustellenden Tatsache auch das Urteil vollständig in sich zusammenfallen muß, d. h. daß im Wiederaufnahmeverfahren zu Lebzeiten des Verurteilten Freisprechung und Aufhebung des Urteils hätte erfolgen müssen.

[3]) S. oben S. 56.

Es kann in dieser Hinsicht auf die Ausführungen S. 44 verwiesen werden. Was dort über das Interesse der Hinterbliebenen gerade an der Freisprechung ausgeführt worden ist, gilt entsprechend auch hier. Durch das Urteil soll der Ruf des Verstorbenen von dem Makel befreit werden, der ihm infolge des Strafverfahrens und der Verurteilung anhaftet. Dieser Zweck kann natürlich nur dann erreicht werden, wenn von der Anklage überhaupt kein Belastungsmaterial mehr übrig bleibt; eine bloße Reduzierung muß wertlos erscheinen. Es muß also die Unschuld der Verstorbenen beweisbar sein. Den Beweis zu erbringen, ist Sache des Klägers. Zur Aufstellung dieser Forderung drängen besonders die zweckwidrigen Erfahrungen, die in der Praxis mit § 399 Z. 5 gemacht worden sind. — Die übrigen Ziffern des Paragraphen dürften, soweit sie den Hinterbliebenen Anlaß zur Klageerhebung geben sollten, keine Schwierigkeiten machen, weil sie in der Regel einen bestimmten einfachen Tatbestand liefern.

Z. 5 dagegen läßt bekanntlich[4]) schon dann das Wiederaufnahmeverfahren zu, wenn nur neue Tatsachen oder Beweismittel beigebracht sind, welche allein oder in Verbindung mit den früher erhobenen Beweisen die Freisprechung des Angeklagten begründen. Es kann auf Grund dieser Bestimmung zu einer Freisprechung kommen, auch wenn nicht die Unschuld des früher Verurteilten erwiesen ist, sondern nur die früheren Grundlagen des Urteils nicht wiederherzustellen sind. Auf unsern Fall angewendet heißt das: Es wird von einem Hinterbliebenen Klage auf Feststellung der Unrichtigkeit bestimmter, das Urteil allein oder mitbegründender Tatsachen erhoben.

Zum Beweis werden neue Tatsachen oder Beweismittel beigebracht, die für sich allein recht wohl eine positive Feststellungsklage begründen, die aber doch nicht zur Widerlegung der angefochtenen Feststellungen ausreichen.

Im Wiederaufnahmeverfahren müßte Freisprechung erfolgen, wenn die Reproduktion der Beweismittel für die früheren Feststellungen nicht möglich wäre. Soll nun entsprechend in unserem Fall ihre Unrichtigkeit festzustellen sein? Dies ist natürlich ausgeschlossen. Soll das Feststellungsverfahren auf eine Art Ehrenerklärung zugunsten des Verstorbenen hinauslaufen, muß unbedingt die einwandfreie Widerlegung des früher Festgestellten

[4]) S. S. 29.

gefordert werden. Mit halben Beweisen oder bloßer Wahrscheinlichkeit für die Unrichtigkeit darf sich kein Richter begnügen. Wer in bestimmter Form über Tatsachen entscheiden soll, muß auch Beweise, die keinen Zweifel offen lassen, verlangen. Der Beweis der negativen Feststellungsklage wird immer schwieriger sein, als der der positiven, zumal wenn es sich um die Widerlegung autoritativer Feststellungen handelt, die in hohem Grade die Vermutung der Richtigkeit für sich haben.[5]) Voraussetzungen und Endzweck der Feststellungsklage müssen also im großen ganzen mit denen des Wiederaufnahmeverfahrens nach dem Tode des Verurteilten identisch sein, der Unterschied liegt in dem *Mittel* zur Erreichung des Zweckes.

5. b) Das Verfahren.

Die Beantwortung der Frage, welches Gericht für die Feststellungsklage zuständig sein soll, hängt von der Antwort auf die Vorfrage ab: Soll das Feststellungsverfahren, ähnlich wie das Wiederaufnahmeverfahren, an den Hauptprozeß angeschlossen oder soll es selbständig gestellt werden? Solange der von Beling vorgeschlagene „Informativprozeß" als dritte Prozeßgattung neben dem Zivil- und Strafprozeß nicht existiert, empfiehlt es sich, die gestellte Frage ohne Rücksicht auf ähnlich gelagerte Fälle zu beantworten. Beling läßt übrigens im Zweifel, ob er einer völligen Eingliederung des Wiederaufnahmeverfahrens nach dem Tode des Verurteilten in den Informativprozeß das Wort reden oder ob er nicht bloß eine äußerliche Anpassung des im übrigen selbständigen Verfahrens in Vorschlag bringen will.[1]) Man wird von dem Gesichtspunkt auszugehen haben, daß die Feststellungsklage wie das Wiederaufnahmeverfahren ein (außerordentlicher) Rechtsbehelf gegen ein (vorläufig unanfechtbares) Strafurteil sein soll.[2]) Braucht auch das Klagepetitum nicht notwendig auf das vorausgegangene Strafverfahren ausdrücklich Bezug nehmen, so umsomehr die Klagebegründung, die ihren wesentlichen Inhalt aus den Entscheidungsgründen des

[5]) Zu vgl. hiezu auch Friedmann „Das Recht der Wahrheit und der Schutz des guten Namens" S. 24 bezüglich der Bedeutung der Autorität des Urhebers einer Beschuldigung; die weiteren Ausführungen auf S. 25 ff. können hierher nur teilweise übernommen werden.

[1]) S. oben S. 53.

[2]) Auch die Feststellungsklage stellt mindestens einen mittelbaren Rechtsbehelf gegen das ungerechtfertigte Erkenntnis dar.

vorliegenden Urteils schöpft. Dieser enge Zusammenhang der an sich nichts Kriminelles enthaltenden Feststellungsklage mit dem Strafverfahren läßt es empfehlenswert erscheinen, die Klage vor den Strafrichter zu verweisen und zwar vor ein Gericht, welches früher in der Strafsache entschieden hat.

Der Hauptgrund für diese Lösung der Zuständigkeitsfrage ist der gleiche wie im Wiederaufnahmeverfahren; das Gericht, welches die Sache aus der früheren Verhandlung kennt, ist zur Prüfung der Feststellungsanträge am meisten geeignet. Um die Möglichkeit mehrerer Instanzen und eine einheitliche Regelung zu geben, empfiehlt es sich, das Gericht erster Instanz ein für allemal für zuständig zu erklären, nur müßte an die Stelle des Schwurgerichts die Strafkammer treten. Die Klage müßte immer von einem Rechtsanwalt, als welcher natürlich stets auch der Verteidiger des Verstorbenen, wenn er dem § 138 Abs. 1 StPO. entspricht, fungieren könnte, eingereicht werden. Erhebung der Klage zu Protokoll der Gerichtsschreiberei wäre nicht zuzulassen, dagegen müßte dem Kläger die Möglichkeit eingeräumt werden, um Bewilligung des Armenrechts, entsprechend den Bestimmungen der Zivilprozeßordnung, einzukommen. Die Gestaltung des Prozesses auf klägerischer Seite als Anwaltsprozeß empfiehlt sich wegen der meist schwierigen Prüfung, ob die Klage Aussicht auf Erfolg hat oder nicht. Es muß jeder willkürlichen, unklaren Gefühlen entspringenden Häufung dieser Art Klage vorgebeugt werden.

Als Gegner kommen in Betracht einerseits der Staat, repräsentiert durch die Staatsanwaltschaft, anderseits der Privatkläger, welcher nicht notwendig durch einen Rechtsanwalt vertreten zu sein braucht.[3]) Hat sich ein Nebenkläger bis zum Abschluß am Verfahren beteiligt, so ist die Klage auch gegen ihn zu richten. Der Klageantrag hätte dahin zu lauten, daß eine bestimmte, dem Rufe des Verstorbenen nachteilige, dem zu seinen Ungunsten gefällten Strafurteil zugrunde liegende Tatsache *unwahr* sei (nicht genügend, daß sie nicht erweislich wahr sei).[4]) Das Gericht hätte zuerst die Klage auf das Vorhandensein der wesentlichen Voraussetzungen

[3]) Diese Rollenverteilung ist nötig, um überhaupt Prozeßparteien zu bekommen. Sie ist insofern schief, als nicht eigentlich die öffentliche oder Privatklage, die zum Urteil geführt hat, sondern das Urteil selbst angegriffen wird. Immerhin enthalten die Entscheidungsgründe, deren negative Feststellung verlangt wird, den Niederschlag der Klage.

[4]) Zu vgl. dagegen bezügl. der üblen Nachrede Friedmann l. c.

hin (Form, geeignetes Petitum) zu prüfen und sie bei Nichtvorhandensein a limine abzuweisen. Kommt es zur Verhandlung, müssen die nötigen, beiderseits angebotenen Beweise aufgenommen werden. Da es sich um die Erforschung der Wahrheit, um die Widerlegung bestimmter, in einem rechtskräftigen Urteil enthaltenen Tatsachen handelt, müßte alle Parteidisposition über den Streitstoff ausgeschlossen sein, der Parteieid kann nicht in Frage kommen.

Aus dem gleichen Grunde müßte nötigenfalls das Gericht zur Klarstellung des Sachverhalts beitragen und von Amts wegen die Erhebung von Beweisen anordnen (Ausschluß der Verhandlungsmaxime). Es dürfte hier sogar in geeigneten Fällen eine Tätigkeit der beklagtischen Partei, wenigstens der Staatsanwaltschaft, zugunsten des Klägers angezeigt erscheinen, ein prozessuales Unikum.

Ist die Klage begründet, harmoniert das Interesse der Staatsanwaltschaft als Vertreter des Staates vollständig mit dem des Klägers an der negativen Feststellung.

Vom Privat- und Nebenkläger kann natürlich eine Unterstützung des Feststellungsklägers nicht erwartet werden.

Reichen die zur Verfügung stehenden Beweismittel zur Widerlegung der Urteilsgründe nicht aus, ist die Klage kostenfällig abzuweisen, andernfalls ist die beantragte Feststellung zu treffen. Die Aufhebung des Strafurteils dürfte in diesem Urteil nicht ausgesprochen werden, wie überhaupt jede Verfügung hinsichtlich des Strafverfahrens fehlen müßte. Dagegen müßte die Publikationsbefugnis entsprechend der Bestimmung in § 411 Abs. 4 zugesprochen werden. Erst die Veröffentlichung gewährleistet den vollen Erfolg und gibt die für § 189 StGB. wertvolle Voraussetzung. Soweit auf Grund des angefochtenen Urteils schon Vollstreckungshandlungen vorgenommen worden sind, würden sie entweder bei Vorliegen des neuen Urteils ohne weiteres rückgängig gemacht oder müßte auf Rückerstattung der beigetriebenen Kosten, der Geldstrafe, der Buße, besonders geklagt werden. Als direkten Erfolg des Prozesses könnten sonach die Hinterbliebenen nur die autoritative Negation der früheren rufgefährdenden tatsächlichen Entscheidungsgründe des für den Verstorbenen ungünstigen, aber ungerechtfertigten Strafurteils verzeichnen.

Der große Vorteil des Urteils bestünde aber in der einwandfreien, von jedermann zu respektierenden Rufreparation.

§ 12.

Beurteilung der besonderen Feststellungsklage.

Kehren wir nunmehr zu unserem Ausgangspunkt zurück, nämlich zur Frage, ob auch für die nach dem Tode eines ungerechtfertigt Verurteilten auftauchenden schutzbedürftigen Interessen ein neuer Rechtsbehelf wünschenswert erscheint, und ob er ev. im Anschluß an den von Beling vorgeschlagenen „Informativprozeß" gefunden werden kann. Wir haben, nachdem wir die erste Frage bejaht hatten, gezeigt, wie dieser Rechtsbehelf als Feststellungsprozeß geartet sein müßte, indem wir ihn nach seinen Voraussetzungen und seinem Umfang zu bestimmen gesucht und zum Schluß das Verfahren skizziert haben.

Vergleichen wir nunmehr das Wiederaufnahmeverfahren nach dem Tode des Verurteilten und das vorgeschlagene Feststellungsverfahren miteinander, so zeigt sich, daß der Unterschied der beiden Verfahrensarten minimal ist. Ihr Unterschied besteht im Petitum — hier Feststellung von Tatsachen, dort Freisprechung, beide mit Beziehung auf den Verstorbenen — und in den Urteilswirkungen; alles übrige, soweit wesentlich, gilt für beide Verfahrensarten in gleicher Weise, muß für beide gelten. Auch die Feststellungsklage darf über den Rahmen des Wiederaufnahmeverfahrens hinaus nicht ausgedehnt werden:

Es kann weder auf die Voraussetzungen der Klage, noch auf den Ausschluß der Parteidisposition über den Streitstoff verzichtet werden, soll nicht das Interesse des Staates an der Unabänderlichkeit des Strafurteils zu kurz kommen.

Daß die Entscheidungsgründe des Urteils, soweit sie Tatsachenfeststellungen enthalten, an der Rechtskraft nicht teilnehmen, berechtigt noch nicht, die Hinterbliebenen freier zu stellen; es wurde schon auf S. 58 nachdrücklich betont, daß ihnen unter keinen Umständen mehr Rechte eingeräumt werden dürfen, als dem Hauptbeteiligten, dem Verstorbenen, zugestanden haben. Der Feststellungsprozeß hat seine Berechtigung nur, solange er eine den Sonderinteressen der Hinterbliebenen angepaßte Wiederaufnahme des Verfahrens ist. Diese Erkenntnis drängt uns dazu, das Feststellungsverfahren nicht bloß dem Wiederaufnahmeverfahren anzupassen, sondern einzufügen. Wenn irgendwo, hat es hier seinen Platz; nur im Zusammenhang mit dem Strafverfahren gegen den Verstorbenen ist es überhaupt verständlich, nur hier erreicht es seinen

Zweck, die Trübung des Rufs des Verstorbenen wegzuwischen, dem Pietätsinteresse Genugtuung zu verschaffen.

Die geringste Entfernung vom Ausgangspunkt des Übels muß die Wirkung der Rehabilitierung gefährden.

Betrachten wir die Wiederaufnahme nach dem Tode nur vom Standpunkt des Staates, so ist zweifellos richtig, wenn Beling l. c. erklärt: „Die feierliche Aufhebung des ohnehin gegenstandslosen verurteilenden Erkenntnisses ist hohle Form." Für den Staat allerdings, der seinen Strafanspruch nicht bloß auf dem Papier anerkannt wissen, sondern auch in die Tat umsetzen will, hat das Urteil seinen Wert so gut wie verloren. Was für ihn gilt, gilt aber nicht ohne weiteres auch für die Hinterbliebenen und für die öffentliche Meinung. Das verurteilende Erkenntnis ist eben einmal da und so wenig sich der ungerechtfertigt Verurteilte zu Lebzeiten bei einer vollständigen Begnadigung und Niederschlagung sämtlicher Kosten beruhigen, sondern die Aufhebung des Urteils selbst, seine Freisprechung, betreiben würde, so wenig werden die Hinterbliebenen auf die ausdrückliche Aufhebung des Urteils verzichten wollen. Für sie enthält die Freisprechung das sehr wertvolle Zugeständnis vor der Öffentlichkeit, den der Verstorbene zu Unrecht wegen des im Tenor namhaft gemachten Delikts bestraft worden ist. Ein verurteilendes Erkenntnis kann nur mittels Freisprechung vollständig entwertet werden, alles andere ist Stückwerk.

Mit der Aufhebung des Urteils wird aber ferner unmittelbar die Verpflichtung zur Beseitigung eines bedeutenden Teiles der jetzt noch fühlbaren Nachwirkungen des Urteils, wenn auch nicht durchweg expressis verbis, verfügt: Rückerstattung der schon bezahlten Geldstrafe, Gerichtskosten, Buße, Entschädigung gemäß § 1 Abs. 2 d. Ges. vom 20. Mai 1898 u. a. m.

Die Rücksicht auf diese materiellen Interessen allein hätte zwar vermutlich den Gesetzgeber nicht veranlaßt, den Hinterbliebenen das Recht, die Wiederaufnahme zu beantragen, zu verleihen, immerhin kann der Gesichtspunkt, daß auch ihre materielle Interessen als Erben des Verurteilten u. U. betroffen werden, nicht ganz ausgeschaltet werden.

Der Feststellungsprozeß brächte aber nicht nur keine Vereinfachung, sondern eine Komplizierung und Vermehrung der Prozeduren. Soweit der Staat als Gegner in Betracht kommt, wäre wohl keine wesentliche Erschwerung der Rückerstattung des Geleisteten zu

befürchten, dagegen kann das gleiche nicht ebenso zuversichtlich von einem Privat- oder Nebenkläger erwartet werden. Die Feststellungsklage muß also auch schon deshalb Bedenken begegnen, weil sie zweifellos in zahlreichen Fällen nur der Vorbote für weitere (Zivil-) Prozesse wäre. Auch müßte für den Anspruch der Hinterbliebenen aus § 1 Abs. 2 d. Ges. vom 20. Mai 1898 eine neue Grundlage geschaffen werden, wenn man den gemäß § 4 anspruchsbegründeten Beschluß nicht mit dem Feststellungsurteil verbinden wollte. Dort gehört er aber von Rechts wegen nicht hin, man müßte also im zit. Gesetz eine Sonderbestimmung für die Hinterbliebenen einschalten; gewiß kein befriedigendes Ergebnis.

Der Feststellungsprozeß kann aber auch noch aus einem andern Grunde nicht befriedigen. Sein ganzer Aufbau hat etwas Unnatürliches, Konstruktives:

Um überhaupt Parteien zu bekommen, die in keinem Prozesse entbehrt werden können, muß man die Staatsanwaltschaft bzw. den Privat- oder Nebenkläger in die Rolle des Beklagten verweisen. Man könnte sich schließlich noch dazu verstehen, diese Rollenverteilung anzunehmen, wenn immer nur gerade die Negative *ihrer* Behauptungen festgestellt werden müßte; in der Mehrzahl der Fälle wird sich aber der Feststellungskläger mit falschen Behauptungen von Zeugen und mit anderen Beweismitteln auseinanderzusetzen haben, die sich zwar der Strafkläger für seine Anklage zunutzen gemacht haben wird, von denen aber möglicherweise — wenigstens bei der öffentlichen Klage — ein Teil ohne seine Initiative in die Verhandlung gezogen worden ist. (§§ 243 Abs. 3, 244 Abs. 2 StPO.). Um die *Fundamente* des Urteils handelt es sich, sie sollen erschüttert werden, nicht mehr um das Urteil selbst; die Fundamente sind aber nicht identisch mit der Anklage, sie kehrt im Urteilstenor wieder, während sich die Fundamente das Gericht nach dem Ergebnisse der Verhandlung selbständig bildet, ohne durch die Anträge der Staatsanwaltschaft oder des Privat- und Nebenklägers irgendwie gebunden zu sein (§ 263 StPO.).

Der Angriff des Feststellungsklägers richtet sich also gegen das Gericht, nicht gegen den früheren Ankläger; und wenn nun schon einmal das Feststellungsverfahren den Strafprozeß ablösen soll, soll er sich auch im Aufbau nicht wieder einschleichen.

§ 13.

Vorschlag zu einem Mittelweg.

Wenn wir sonach den „Informativprozeß" als Ersatz für die Wiederaufnahme des Verfahrens nach dem Tode des Verurteilten ablehnen müssen, weil er nicht das gibt, was er verspricht und an einer gesuchten Konstruktion leidet, so soll mit dieser Ablehnung noch keineswegs gesagt sein, daß nun alles beim Alten bleiben müsse und daß dem auch von uns anerkannten Feststellungsinteresse der Hinterbliebenen überhaupt nicht mehr als bislang Rechnung getragen werden könne.

Die Freisprechung ohne Hauptverhandlung und die Veröffentlichung des Urteilstenors allein ohne Bekanntgabe der Gründe wird oft genug für die Hinterbliebenen nur einen halben Erfolg bedeuten. Im Tenor steckt nur das Fazit der rufgefährdenden Feststellungen gegen den Verstorbenen, die Hinterbliebenen wollen aber mehr als bloß eine Freisprechung, sie wollen die Bestätigung seiner Unschuld. Nur deshalb haben sie ein Interesse an der ausdrücklichen, autoritativen, öffentlichen Feststellung der Unrichtigkeit der tatsächlichen Entscheidungsgründe, weil sich der Urteilstenor über den Grund der Freisprechung vollständig ausschweigt, und weil nicht mehr als ein Extrakt amtlich beglaubigt an die Öffentlichkeit dringt. Den Text zum Urteil kann sich jeder nach seinem Belieben und wird sich jeder nach seiner früheren Stellung zum Verstorbenen selber bilden, seiner Phantasie sind ja bezüglich der Entscheidungsgründe keine Schranken gezogen.

Wenn auch zugegeben werden muß, daß dieser Übelstand weniger stark empfunden werden wird, wenn der Entwurf Gesetzeskraft erlangen sollte, weil die bisherige Z. 5 des § 399 StPO. straffer gefaßt werden und nur noch der Beweis der Unschuld zur Freisprechung führen soll — solange § 399 in seiner bisherigen Fassung in Kraft ist, kann das Mißliche der Veröffentlichung des Urteils ohne Beifügung wenigstens der wesentlichsten Entscheidungsgründe nicht wohl geleugnet werden. Dagegen läßt auch der Entwurf bei den übrigen Wiederaufnahmegründen, die von einem Verschulden des Verurteilten unabhängig gemacht werden sollen, immer noch genügend Raum für Zweifel an seiner Unschuld.

Um dem Feststellungsinteresse der Hinterbliebenen entgegenzukommen, braucht es nun aber, wie wir meinen, weder einer besonderen Klage, noch der Anordnung der Hauptverhandlung für die

Wiederaufnahme schlechtweg, es genügt ein ausreichend formulierter Antrag auf Feststellung der Unrichtigkeit derjenigen Tatsachen, deren Beseitigung gewünscht wird. Über den Antrag müßte zusammen mit der Freisprechung entschieden werden, wie auch die Veröffentlichung beider Entscheidungsteile auf Verlangen gleichzeitig erfolgen müßte. Man bekäme damit allerdings ein neues prozessuales Unikum — Entscheidungsgründe gehören grundsätzlich nicht in den Urteilstenor —, das außerordentliche Verfahren rechtfertigt aber auch eigenartige Ausnahmen. Wir werden übrigens weiter unten noch sehen, daß die vorgeschlagene Form doch nicht ganz ohne Vorgang ist. Wenden wir uns zunächst zu dem an erster Stelle zu erwartenden Einwand, daß die Frage des Ersatzes der Wiederaufnahme nach dem Tode doch nur deshalb habe aufgeworfen werden können, weil dieses Verfahren nichts mit dem Strafprozeß zu tun habe, vielmehr seiner ganzen Veranlagung nach systemwidrig sei. Hierauf ist folgendes zu erwidern: Ein Verfahren, das als zweckmäßig erkannt ist, — daß es zweckmäßig ist, haben wir wiederholt feststellen können — und das einer eigenartigen Situation seine Entstehung verdankt, darf nicht aus formalen (d. h. untergeordneten) Gründen aus dem Zusammenhang herausgerissen werden, um es nur dem System zuliebe zu isolieren. Für diese Lostrennung müßten schon schwerwiegende Gründe ins Feld geführt werden können, der bezweckte Erfolg müßte leichter und besser zu erreichen sein, dies kann aber, wie sich zeigt, von der Feststellungsklage nicht gesagt werden.

Man wird sich ferner auch davor hüten müssen, jedem neu auftauchenden oder erkannten schutzbedürftigen Interesse sofort eine Klage zur Verfügung zu stellen. Man vermehrt dadurch nur die schon jetzt übergroße Zahl von Prozessen.

Der Anspruch der Hinterbliebenen kann nicht weiter gehen als auf Beachtung ihres Feststellungsinteresses.

Da dieses Interesse nur eine Fortwirkung des Rechtes des Verstorbenen auf Beseitigung einer ungerechtfertigten Verurteilung ist, muß auch sein Schutz auf der gleichen Linie mit dem Rechtsbehelf gegen das Urteil zu finden sein. Eine vollständige Verschmelzung des nur gefährdeten und des schon verletzten Pietätsinteresses in einer Klage wird nie möglich sein, wäre auch nicht wünschenswert. Auch als Feststellungsklage dürfte die Wiederaufnahme ihren Charakter als prozessualer Rechtsbehelf nie verleugnen. Ganz unbrauch-

bar ist die besondere Klage in den Fällen des durch den Tod unterbrochenen Wiederaufnahmeverfahrens.

Eine Überleitung des anhängigen Verfahrens in das Feststellungsverfahren ist unmöglich, ein Nebeneinander von zwei Verfahrensarten unerträglich.

Nicht Ersatz, sondern Ergänzung der Wiederaufnahme nach dem Tode durch den vorgeschlagenen Antrag, dürfte u. E. allein in Frage kommen. Man wird sich für die Annahme des Vorschlags leichter erwärmen können, wenn man bedenkt, daß es auch jetzt schon im Strafprozeß häufig genug zu Entscheidungen kommt, die mit dem eigentlichen Strafzweck nichts zu tun haben,[1]) auf die nur aus Zweckmäßigkeitsgründen und des offensichtlichen Zusammenhangs halber zusammen mit der Strafe erkannt wird; warum soll nicht auch mit der Freisprechung, wenn ein Bedürfnis dafür vorhanden ist, ein weitergehender richterlicher Ausspruch, selbst über Tatsachen, verbunden werden können?!

Wer in der Freisprechung gemäß § 411 Abs. 1 nur eine hohle Form sieht, wird sich unschwer dazu entschließen, der Form durch den Feststellungsantrag einen Inhalt zu geben, besonders wenn er den hohen Wert dieser Entscheidung für den Antragsteller anerkennen muß.

Bleibt als letzter Einwand die Aufnahme von Entscheidungsgründen in den Urteilstenor. Auch daran wird man sich umsoweniger stoßen dürfen, als die Möglichkeit der Feststellung eines wesentlichen tatsächlichen Entscheidungsgrundes in der Urteilsformel nicht ohne Vorgang ist.

Gemäß § 624 ZPO. ist, wenn in einem Ehescheidungsprozeß wegen Ehebruchs auf Scheidung erkannt wird und aus den Verhandlungen sich ergibt, mit welcher Person der Ehebruch begangen worden ist, diese Person im Urteil festzustellen. Diese Feststellung muß nicht, aber sie kann in der Urteilsformel erfolgen. Es versteht sich von selbst, daß die Feststellung, die hier im Interesse der Hinterbliebenen in Vorschlag gebracht wird, nie ohne besonderen Antrag im Urteilstenor zu erfolgen hätte. Die Bestimmung der Zivilprozeßordnung ist nur aus dem besonderen Interesse des Klägers an der urteilsmäßigen Feststellung der Tatsache wegen der materiell rechtlichen Folgen gemäß § 1312, 1328 BGB. zu verstehen.

[1]) Zu vgl. Beling, „Grundzüge des Strafrechts", § 5. „Begriff der Strafe".

Ein Analogon läßt sich für das Interesse der Hinterbliebenen aus dem Gebiete des materiellen Strafrechts nicht aufstellen. Immerhin darf darauf verwiesen werden, daß der § 189 StGB., wenn er seinen Schutzzweck nicht nur in Ausnahmefällen erfüllen soll, die vorgeschlagene Erweiterung der Entscheidung des Gerichts in der Wiederaufnahme nach dem Tode des Verurteilten aus guten Gründen wünschenswert erscheinen läßt.[2])

Aber auch wenn im neuen Strafgesetzbuch der § 189 StGB. für die Hinterbliebenen günstiger formuliert werden sollte, wird das besondere Interesse an der Feststellung unwahrer Tatsachen in der Wiederaufnahme nicht ausgeschaltet sein.

Ihre Bedeutung für die Rufreparation und die Verhütung von Beleidigungsprozessen wird sie immer noch behalten.[3]) Es könnte sich schließlich noch darum handeln, an Stelle des Feststellungsantrags den Antrag auf Veröffentlichung des ganzen Urteils (Tenor und Entscheidungsgründe) zu konzedieren.

Diese Lösung wäre dann der Erwägung wert, wenn das Urteil sich auf die wesentlichsten Gesichtspunkte beschränken könnte; dies wird aber meistens nicht der Fall sein, besonders dann nicht, wenn es sich um kompliziertere Deliktstatbestände handelt.

Dem Interesse der Hinterbliebenen ist am besten dann gedient, wenn die den Ruf des Verstorbenen gefährdenden Tatsachen in kurzer Formel unter Vermeidung aller Weitschweifigkeit zur negativen Feststellung kommen. Damit erhalten sie die beste Waffe gegen alle verleumderischen Angriffe.

Was hier vorgeschlagen wird, erfordert keinerlei Änderung des bisherigen Verfahrens; insbesondere bedarf es keiner Hauptverhandlung. Schon jetzt werden ja die nötigen Zeugen und Sachverständigen eidlich vernommen, sowie alle anderen erforderlichen Beweise erhoben, um eine gesicherte Grundlage für die Freisprechung und Aufhebung des Urteils zu erhalten.

Einzig und allein ein entsprechender Antrag seitens desjenigen, welcher die Wiederaufnahme des Verfahrens veranlaßt hat, ist vonnöten. Das Gericht hätte nur zu prüfen, ob die Feststellung eines *wesentlichen* tatsächlichen Entscheidungsgrundes beantragt wird,

---

[2]) Zu vgl. die Ausführungen auf S. 47.

[3]) Mit der Umgestaltung des § 189 StGB., ob insbesondere für sie die Einführung des „Informativprozesses" angezeigt erscheint, — s. Beling, Liepmann, Friedmann l. c. haben wir uns hier nicht zu befassen.

was keinerlei Schwierigkeiten machen wird, weil er auch in den Entscheidungsgründen des freisprechenden Urteils Aufnahme finden muß.

§ 14.

Ergebnis.

Es handelt sich nicht um fundamentale Änderungen, die wir in Anregung zu bringen haben. Es wird vielmehr von uns anerkannt, daß sowohl die §§ 401 und 411 der geltenden Strafprozeßordnung, als § 363 des Entwurfs im großen ganzen dem beachtenswerten Pietätsinteresse der Hinterbliebenen hinreichend Rechnung tragen.

Es wird von uns ferner begrüßt, daß die Zweifel und Beanstandungen, zu denen bisher das Wiederaufnahmeverfahren zu Lebzeiten des Verurteilten und nach dessen Tode Anlaß gegeben hat, durch den Entwurf beseitigt werden sollen. Die erste Änderung betrifft das Verhalten der Staatsanwaltschaft in einem von ihr zugunsten des Verurteilten beantragten, auf Freisprechung gerichteten, durch den Tod des Verurteilten unterbrochenen Wiederaufnahmeverfahrens. Man könnte darüber im Zweifel sein, ob, was wir an zwei Stellen[1]) hierüber ausgeführt haben, nicht schon jetzt Rechtens ist. Immerhin dürfte die herrschende Meinung den hier vertretenen Standpunkt noch ablehnen; schon um Streitfragen für die Zukunft auszuschließen, empfiehlt sich eine positive Bestimmung im Gesetz.

Die zweite Änderung, die zweifellos eine Erweiterung der geltenden und, falls der Entwurf Gesetzeskraft erlangen sollte, auch der künftigen Bestimmungen enthält, soll dem durch die Freisprechung des Verstorbenen nicht voll befriedigten Feststellungsinteresse der Hinterbliebenen dienen. Beide Änderungen lassen sich leicht in den vorliegenden Gesetzestext einfügen.

Da die Erneuerung der Strafprozeßordnung binnen kürzester Frist zu erwarten ist, soll § 363 des Entwurfs zum Ausgangspunkt genommen werden.

Abs. 1 und 2 bleiben unverändert. Für Abs. 3 wird folgende Fassung vorgeschlagen: Im Falle des Todes des Verurteilten kann die Wiederaufnahme des Verfahrens von den Hinterbliebenen be-

[1]) S. 23 und S. 43.

antragt werden. Hatte die Staatsanwaltschaft die Wiederaufnahme zum Zwecke der Freisprechung des Verstorbenen bereits beantragt, so muß das Verfahren von ihr fortgesetzt werden.

Hatte der Verstorbene selbst die Wiederaufnahme bereits beantragt, so kann das Verfahren von den Hinterbliebenen, jedoch nur zum Zwecke der Freisprechung des Verurteilten, fortgesetzt werden.

Abs. 4 hat unverändert zu bleiben.

Als Abs. 5 und 6 wird vorgeschlagen: Abs. 5. Der Antrag der Hinterbliebenen auf Wiederaufnahme zum Zwecke der Freisprechung kann dahin erweitert werden, daß im Urteil über die Unrichtigkeit der das Andenken des Verstorbenen gefährdenden wesentlichen Entscheidungsgründe Feststellung getroffen werden soll.

Abs. 6. Als Hinterbliebene im Sinne dieses Paragraphen haben zu gelten: Der Ehegatte, die Verwandten gerader Linie und die Geschwister des Verstorbenen.

Die Aufnahme des Begriffs „Hinterbliebene" empfiehlt sich, um eine zusammenfassende Bezeichnung für die Antragsberechtigten zu haben.

Anhang. Im Bisherigen ist nur von dem Feststellungsinteresse der Hinterbliebenen gegenüber einem rechtskräftigen ungerechtfertigten Urteil die Rede gewesen.

Es mußte aber sowohl bei dem Strafverfahren, das durch den Tod des Angeklagten vor Eintritt der Rechtskraft des Urteils sein verfrühtes Ende findet (S. 8), als bei der Verurteilung post mortem (S. 16) hervorgehoben werden, daß die Verhandlung rufgefährdende Nachwirkungen zeitigen kann, daß aber bis heute den Hinterbliebenen kein Mittel in die Hand gegeben ist, sich ihrer zu erwehren.

Soll und kann an diesem Zustand in Zukunft etwas geändert werden?

Die Frage muß rundweg verneint werden. Das von den Hinterbliebenen zu beantragende Wiederaufnahme- oder Feststellungsverfahren richtet sich, wie der entsprechende Antrag des Verurteilten, gegen unrichtige, vorläufig unanfechtbare autoritative Feststellungen. Solange das Urteil nicht rechtskräftig ist, deckt der Staat die Feststellungen noch nicht mit seiner Autorität, er gibt vielmehr durch die Zurverfügungstellung von Rechtsmitteln selbst zu, daß noch alles im Flusse ist (die Feststellungen im Verfahren gegen einen Verstorbenen sind sogar schlechthin nichtig). Der Staat kann zwar nicht hindern, daß die Maßnahmen seiner Organe der Kritik unterzogen werden, er kann aber nicht dulden, daß sie, mögen sie

auch fehlerhaft sein, mit persönlichen Angriffen von privater Seite auf die gleiche Stufe gestellt werden.

Das staatliche Organ, das mit einer Strafsache von Amts wegen zu tun hat, hat lediglich festzustellen, ob ein Strafanspruch des Staates vorhanden ist, es hat objektiv ein zu seiner Kenntnis gelangtes Ereignis auf seine strafrechtliche Bedeutung zu prüfen, es greift aber mit dieser Amtshandlung niemals an sich schon die Ehre des Beschuldigten an. Die nachteiligen Fragen für den Ruf sind Nebenerscheinungen, die, besonders wenn es sich um frivole Anzeigen handelt, bedauerlich sein mögen, aber nicht zu einer Art negativen Feststellungswiderklage gegen den Staat führen dürfen. Wollte man auch für diese Fälle ein Feststellungsverfahren konzedieren, könnte überhaupt keine Grenze mehr gezogen werden. Mit dem gleichen Recht könnten dann die Hinterbliebenen eines Angeklagten, gegen welchen eine Voruntersuchung mit negativem Erfolg geführt worden ist, bzw. der Angeklagte selbst, ein solches Feststellungsverfahren beanspruchen.

Solange ein Urteil mit rufgefährdendem Inhalt nicht in Rechtskraft übergegangen ist, haben die Hinterbliebenen einen Angriff von privater Seite abzuwarten. Das Schutzmittel gegen diesen Angriff finden sie in den Bestimmungen des Strafgesetzbuches über Beleidigung, insbesondere in § 189 dieses Gesetzes.

Literaturverzeichnis.

Löwe-Hellweg, Kommentar zur Strafprozeßordnung, 12. A., Berlin 1907.
Stenglein, Kommentar zur Strafprozeßordnung, 3. A., München 1898.
Rosenfeld, Der Reichsstrafprozeß, Lehrbuch, 3. A., Berlin 1909.
Binding, Grundriß des deutschen Strafprozeßrechts, 5. A., 1904.
Bennecke-Beling, Lehrbuch des deutschen Reichs-Strafprozeßrechts, Breslau 1900.
Bennecke, Lehrbuch des deutschen Reichs-Strafprozeßrechts, 1. A., 1895.
Birkmeyer, Deutsches Strafprozeßrecht, Berlin 1898.
Ullmann, Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts, München 1893.
v. Kries, Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts, 1892.
Glaser, Handbuch des Strafprozeßrechts, Bd. II, 1885.
v. Holtzendorff, Handbuch des deutschen Strafprozeßrechts, 2 Bände, 1879.
Thilo, Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich, 1878.

Beling, Grundzüge des deutschen Strafrechts, 3. A., 1905.
Binding, Handbuch des deutschen Strafrechts, Bd. 1, Leipzig 1885.

Binding, Grundriß des deutschen Strafrechts, Allg. Teil, 7. A., 1907.
Binding, Handbuch des deutschen Strafrechts Bd. 1, Leipzig 1885.
v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 16. u. 17. A., Berlin 1908.
Meyer-Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Leipzig 1907.
Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 8. A., Berlin 1909.
Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Kommentar 5.—7. A., Tübingen 1908.
Liepmann, Beleidigung, Abhandlung in Bd. IV der vergleichenden Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Berlin 1906.
v. Lilienthal, Üble Nachreden und Verleumdung, ebenda.
Beling, „Informativprozesse", in der Festschrift für die juristische Fakultät in Gießen, 1907.
Friedmann, „Das Recht der Wahrheit und der Schutz des guten Namens vom legislativen Standpunkt", Vortrag.
Birkmeyer, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft.

Krug, Zur Frage der absoluten Nichtigkeit strafrichterlicher Entscheidungen, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 25 S. 408 ff.
Friedländer, Die Lehre von der absoluten Nichtigkeit strafgerichtlicher Urteile, Gerichtssaal, Bd. 58 S. 339 ff.
v. Baligand, Zur Lehre von der absoluten Urteilsnichtigkeit, Gerichtssaal, Bd. 72 S. 171 ff.
Kroschel, Die sog. absolute Nichtigkeit der Strafurteile, Gerichtssaal, Bd. 69 S. 137 ff.
Löffler, Über unheilbare Nichtigkeit im österreichischen Strafverfahren, Separatabdruck aus Grünhuts Zeitschrift, Bd. 31 S. 495 ff.
Kriegsmann, Die Nichtigkeit des Strafurteils. Sonderabdruck aus der Festgabe der Kieler Jurist. Fakultät zu Albert Hänels 50jährigem Doktor-Jubiläum, Kiel und Leipzig 1907.

Lessing, Entschädigung der im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen Personen, 1898.
Roman, Der Prozeß, betr. die Entschädigung usw., Berlin 1904.
Kähler, Die Entschädigung für Strafe und Untersuchungshaft, Halle 1904.
Brandis, Die Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft, Leipzig 1905.
Krause, Haftentschädigung, Hannover 1906.
Riecker, Die Entschädigung unschuldig Verhafteter und Bestrafter, Tübingen 1911.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
Entwurf einer Strafprozeßordnung. Amtliche Ausgabe, Berlin 1908.